



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 251 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

LMV S.p.a., Brunelli Placido Franco S.r.l. e ECM Impianti S.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Claudio De Portu, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale in Trento, via Calepina, n. 50

contro

Autostrada del Brennero S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Flavio Maria Bonazza ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Trento, Piazza Mosna, n. 8

nei confronti di

M.B.M. S.p.a. e Azzolini Costruzioni Generali S.p.a., rappresentate e difese dagli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini ed elettivamente domiciliati presso lo studio degli stessi in Trento, via Lunelli, n. 48

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

- 1) - degli atti, delle operazioni e dei provvedimenti concernenti la gara indetta dalla Società Autostrada del Brennero per l'affidamento, mediante procedura aperta, dei lavori di "rifacimento dei cavalcavia in corrispondenza delle stazioni di Mantova sud e Carpi" (bando di gara 2/2010 - CIG 04255295A2), nella parte in cui hanno determinato l'aggiudicazione in favore delle imprese controinteressate (in R.T.I. tra di loro), anziché a favore delle deducenti (in R.T.I. tra di loro);
- 2) - di tutti i verbali di gara;
- 3) - degli atti e i provvedimenti adottati nel corso del procedimento di valutazione di anomalia dell'offerta presentata dal R.T.I. controinteressato, ivi inclusa la relazione di verifica del 30.6.2010, con la quale si è data contezza del preteso esito favorevole della verifica;
- 4) - del provvedimento di aggiudicazione provvisoria di data 17.9.2010, disposto nei confronti delle imprese controinteressate, nonché il provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto con determina dell'Amministratore delegato di Autostrada del Brennero S.p.a. n. 391, di data 23.9.2010 e comunicato con nota prot. 22195 del 28.9.2010;
- 5) - della nota prot. 22195, di data 28.9.2010, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

- 6) - del diniego (tacito) della Stazione appaltante di procedere in sede di autotutela;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

7) - di tutti i provvedimenti già impugnati con il ricorso principale e con il primo ricorso per motivi aggiunti, nella parte in cui il R.T.I. controinteressato è stato ammesso alla procedura di gara, con conseguente aggiudicazione della commessa, nonostante fosse emersa la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice dei contratti pubblici;

- e, quindi, per l'accertamento del diritto del R.T.I. ricorrente all'aggiudicazione, previa dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato,

- nonché per la condanna della Società procedente a risarcire in forma specifica, e quindi ad aggiudicare la gara al deducente R.T.I., con richiesta di conseguente stipula del contratto o, in subordine, a risarcire per equivalente il danno subito dallo stesso.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrada del Brennero S.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di M.B.M. S.p.a e di Azzolini Costruzioni Generali S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2011 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Preavvertite e sentite le stesse parti, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., come da verbale di udienza camerale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il bando di gara 2/2010 - CIG 04255295A2, di data 25.1.2010, ritualmente pubblicato anche in sede comunitaria, Autostrada del Brennero S.p.a. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di "*rifacimento dei cavalcavia in corrispondenza delle stazioni di Mantova sud e Carpi*", per un importo complessivo a base d'asta di € 9.509.689,97. Per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio del prezzo più basso.

2. Entro il prescritto termine hanno presentato la loro miglior offerta 34 imprese. Nel verbale della seduta della commissione di gara del giorno 8 aprile 2010 si legge che nella classifica delle offerte economiche ne erano state graduate 32, sulle quali - secondo la procedura di cui all'art. 86 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 - è stata calcolata la soglia di anomalia, risultata pari al 28,820%. Nove offerte sono risultate potenzialmente anomale, fra cui quella delle ricorrenti in R.T.I. LMV S.p.a., Brunelli Placido Franco S.r.l. e ECM Impianti S.r.l., collocatasi al secondo posto in graduatoria con un ribasso del 35,045%, dopo l'offerta del raggruppamento controinteressato che, offrendo il ribasso del 42,303%, si è pertanto collocato al primo posto.

La commissione di gara ha demandato le conseguenti verifiche alla

Stazione appaltante e, nella successiva seduta di data 17.9.2010, “*preso atto dell’esito favorevole della verifica della congruità dell’offerta*” delle imprese che avevano presentato il ribasso più favorevole, ha provvisoriamente aggiudicato la commessa al raggruppamento controinteressato.

3. Con la determinazione dell’Amministratore delegato di Autostrada del Brennero n. 391, di data 23 settembre 2010, comunicata alle concorrenti in data 28 settembre, è stata infine disposta l’aggiudicazione definitiva dei lavori a favore delle società in A.T.I. M.B.M., capogruppo e mandataria, e Azzolini Costruzioni Generali, mandante.

Con nota del 26 ottobre 2010 le odierne ricorrenti hanno inoltrato alla Stazione appaltante l’informativa prevista dall’art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, evidenziando l’esistenza di precedenti penali in capo al sig. Bruno Azzolini, già legale rappresentante e direttore tecnico cessato dalla carica nel triennio antecedente, nonché censurando i risultati della verifica di anomalia.

4. Le ricorrenti hanno quindi impugnato il provvedimento di aggiudicazione, oltre agli altri atti indicati in epigrafe, con ricorso notificato in data 27.10.2010 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo 11 novembre, deducendo i seguenti motivi di diritto:

I - “*violazione della lettera c) del comma 1, dell’art. 38 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; eccesso di potere per contraddittorietà, perplessità, illogicità e difetto di istruttoria*”. Le ricorrenti rilevano che l’Amministratore unico della società Azzolini Costruzioni Generali, nella dichiarazione sostitutiva

di certificazione prodotta in sede di gara, ha segnalato che sul sig. Bruno Azzolini, già legale rappresentante e direttore tecnico dell'impresa Costruzioni Altogarda e direttore dei lavori dell'impresa Costruzioni F.lli Azzolini, società incorporate nella Azzolini Costruzioni Generali S.p.a., gravavano i seguenti precedenti penali:

- sentenza della Corte d'Appello di Trento del 21.1.1999, per il reato (commesso il 31.1.1995) di lesioni personali colpose; inflitta multa di 300.000 lire, pari a 154,94 €, pagata il 6.9.1999;
- decreto penale di condanna del G.I.P. del Tribunale di Rovereto del 27.2.2004, per violazione delle norme sul lavoro dei minori (commesso dal 22.4.2002 al 22.5.2003); inflitta ammenda di 2.324,00 € pagata il 3.4.2004.

Le ricorrenti sostengono che dette condanne (quanto meno quella concernente la violazione delle norme sul lavoro dei minori) sarebbero incidenti sulla moralità professionale dell'impresa. Da ciò, denunciando la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, asseriscono che il R.T.I. controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in presenza di addebiti penali idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la Stazione appaltante;

II - *“violazione degli artt. 86-88 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione dei principi che presiedono alla valutazione di anomalia dell'offerta; inammissibilità dell'offerta presentata dal R.T.I. M.B.M. e Azzolini per incongruità, inappropriatezza, inammissibilità; eccesso di potere per contraddittorietà, perplessità, illogicità e difetto di istruttoria”*, in quanto Autostrada del

Brennero avrebbe erroneamente ritenuto congrua e ammissibile un'offerta - per un ribasso pari al 42,303% - che, invece, presenterebbe alcune voci (specificatamente, sulla fornitura di calcestruzzi e di asfalti nonché sui costi dello smaltimento in discarica dei materiali derivanti dagli scavi, dalle demolizioni e dal cantiere in genere) che sarebbero state sottostimate.

5. Con il ricorso è stata presentata anche istanza di risarcimento del danno, dapprima in forma specifica mediante l'annullamento dei provvedimenti impugnati con conseguente conferimento dell'appalto alle ricorrenti e, in subordine, per equivalente, senza peraltro quantificare, neppure genericamente, la relativa pretesa patrimoniale.

Le ricorrenti hanno poi chiesto che la Società Autostrada del Brennero depositi in giudizio tutti gli atti della gara, compresi i certificati del casellario giudiziale di tutti i soggetti apicali delle imprese componenti il raggruppamento controinteressato, e che il Tribunale disponga una consulenza tecnica d'ufficio, o una verifica, per la valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Infine, le ricorrenti hanno chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

6. Autostrada del Brennero S.p.a. si è tempestivamente costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso nel merito perché infondato.

7. Nei termini di rito si sono costituite in giudizio le due società controinteressate, anche loro domandando la reiezione del ricorso.

8. Con ordinanza n. 148, adottata nella camera di consiglio del 25

novembre 2010, la domanda cautelare è stata respinta.

9. Con un primo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 10 dicembre 2010 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 16, le ricorrenti hanno impugnato il diniego tacito della Stazione appaltante di procedere in autotutela, maturatosi dopo la nota inviata in data 26 ottobre 2010, assumendo che esso sarebbe affetto dagli stessi vizi dedotti con l'atto introduttivo del giudizio.

10. Con l'ordinanza n. 7, di data 9.2.2011, il Presidente del Tribunale ha ordinato adempimenti istruttori a carico della Società Autostrada del Brennero. Parte della documentazione è pervenuta alla Segreteria del Tribunale in data 4.3.2011, mentre altra parte è stata depositata in data 23.5.2011.

11. Con memoria di produzione documentale protocollata in data 5.5.2010, l'A.T.I. controinteressata ha depositato la nota con la quale Autostrada del Brennero le ha inviato copia del contratto con essa stipulato in data 1° aprile 2011.

12. Alla pubblica udienza del 26 maggio 2011 le ricorrenti hanno chiesto termini a difesa in relazione alla produzione documentale della Stazione appaltante del precedente 23 maggio.

13. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 31 maggio 2011 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 1 giugno, le ricorrenti hanno dedotto il seguente, ulteriore, motivo di diritto:

III - *“violazione delle disposizioni di cui alle lett. c) e b) del comma 1 dell'art. 38 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, con riguardo ai soggetti apicali della mandante*

Azzolini Costruzioni Generali S.p.a.; eccesso di potere per contraddittorietà, perplessità, illogicità e difetto di istruttoria?. Le società interessate hanno rilevato, ulteriormente, che l'Amministratore unico della società Azzolini Costruzioni Generali, nella dichiarazione sostitutiva di certificazione prodotta in sede di gara, aveva segnalato che sul sig. Vincenzo Zanato, già legale rappresentante della società Azzolini Costruzioni, società incorporata nella Azzolini Costruzioni Generali S.p.a., cessato dalla carica nel triennio antecedente la gara, non sussistevano precedenti penali. Tuttavia, all'esito dell'ultima produzione documentale della Stazione appaltante, è emerso che il nominato Zanato aveva subito in data 20.8.2007 una condanna (a tre mesi di reclusione, sostituiti con 3.420,00 € di multa) per bancarotta semplice, per un reato commesso il 17.2.2006, fattispecie che, a detta delle deducenti, integrerebbe uno dei reati incidenti sulla moralità professionale, in quanto incompatibile con lo svolgimento dell'attività imprenditoriale, e che, in ogni caso, avrebbe dovuto essere segnalato alla Stazione appaltante.

Infine, dall'ultima produzione documentale è emersa nei confronti del sig. Bruno Azzolini un'altra condanna (a trenta giorni di reclusione, sostituiti con 1.140,00 € di multa), emessa dalla Corte di Appello di Trento in data 2.12.2009 e irrevocabile dal 17.4.2010, per lesioni personali colpose gravi in cooperazione, afferenti l'infortunistica sul lavoro.

Le ricorrenti hanno nuovamente chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati, anche con misura cautelare

monocratica ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm. Quanto all'istanza risarcitoria, esse hanno riformulato la richiesta di tutela in forma specifica previa dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in data 1° aprile 2011. In ogni caso, hanno insistito per il risarcimento per equivalente

14. Con decreto del Presidente del Tribunale n. 34, del 3 giugno 2011, l'istanza di misura cautelare monocratica è stata respinta sul rilievo che non risultava integrato il presupposto che autorizza l'adozione di tale provvedimento, ossia la fattispecie dell'estrema gravità ed urgenza che non consente la dilazione dell'istanza di sospensione fino alla prima camera di consiglio.

15. Le ricorrenti hanno anche ripresentato l'istanza istruttoria affinché questo Tribunale disponga una consulenza tecnica d'ufficio, o una verifica tecnica, per valutare la sussistenza della dedotta anomalia dell'offerta presentata dalle controinteressate.

16. In vista dell'udienza camerale le parti hanno presentato memorie illustrative delle rispettive posizioni.

17. Alla camera di consiglio del 23 giugno 2011, ritenuta possibile, anche su concorde segnalazione dei difensori costituiti, la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, il Collegio ha espressamente preavvertito e sentito sul punto gli stessi difensori, come da verbale di udienza.

18a. Venendo alle considerazioni del Collegio, si rileva che il ricorso è fondato in base a quanto dedotto con il terzo mezzo, introdotto con il secondo ricorso per motivi aggiunti, per le assorbenti ragioni che

seguono.

18b. Innanzitutto, si osserva che corrisponde al vero che, in data 18 marzo 2010, al momento della formulazione dell'offerta, l'arch. Marino Azzolini, amministratore unico di Azzolini Costruzioni Generali S.p.a., nella dichiarazione sostitutiva di certificazione prodotta aveva dichiarato che nei confronti del sig. Vincenzo Zanato, già legale rappresentante della società Azzolini Costruzioni S.r.l. fino al 31.12.2009, non sussisteva il pregiudizio penale di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, ossia: *“sentenze di condanna passate in giudicato, o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, condanne con sentenze passate in giudicato per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18”* (cfr. doc. n. 4 in atti della Stazione appaltante).

Tuttavia, nel mese di novembre 2010, in sede di acquisizione dei certificati del casellario giudiziale e, comunque, prima della stipulazione del contratto, Autostrada del Brennero ha appurato che a carico del suddetto Zanato risultava un decreto penale del G.I.P. del Tribunale di Belluno datato 20.8.2007, esecutivo dal 2.10.2007, per il reato, commesso a Belluno il 17.2.2006, di bancarotta semplice (cfr. atti della Stazione appaltante depositati in data 23.5.2011 e doc. n. 22 in atti delle ricorrenti).

Ciò nonostante, in presenza di una dichiarazione non veritiera che costituiva causa di esclusione dalla gara, la Stazione appaltante ha proseguito nel procedimento istruttorio e, in data 1° aprile 2011, ha stipulato il contratto con il raggruppamento controinteressato composto dalle imprese Azzolini e M.B.M.

18c. In proposito, le nominate controinteressate sostengono:

- che il disvalore non può essere desunto dal titolo del riscontrato reato, che non integrerebbe la fattispecie del reato “grave” in danno dello Stato;

- che l'impresa Azzolini, al momento in cui ha reso le proprie dichiarazioni, si è basata su informazioni tratte dalla banca dati del casellario giudiziale la quale, alla data del 18 marzo 2010, non riportava la condanna a carico del Zanato. Detta condanna sarebbe stata inserita nel sistema informatico soltanto nel corso dell'estate 2010, come potrebbe evincersi dalla copia del decreto penale prodotta in giudizio (cfr., documento n. 16 delle controinteressate) che, nel margine destro, riporta la seguente iscrizione “*fatta scheda il 18 giu 2010*”, seguita dalla sottoscrizione del cancelliere. Di conseguenza, non potrebbe essere assunto che la dichiarazione dell'arch. Azzolini sia scientemente mendace posto che “*non si vede che altro possa richiedersi ad un concorrente che debba dichiarare la posizione penale di un cessato se non interrogare, periodicamente, la banca dati del casellario*”.

18d. La stessa linea difensiva è stata spiegata dalla Stazione appaltante, la quale ha affermato che le dichiarazioni dell'arch. Azzolini rese in sede di partecipazione alla gara, fondate su dati provenienti dal

casellario giudiziale, non sarebbero “*espressive di qualsivoglia volontaria attestazione di fatti inesistenti, ipoteticamente rilevante*”.

In aggiunta a ciò, ha sviluppato un’articolata argomentazione volta a sostenere che il riscontrato reato di bancarotta semplice non sarebbe espressivo di una condotta illecita produttiva di un rilevante allarme sociale, ed ha concluso che gli elementi presentati avrebbero consentito ad Autostrada del Brennero di ritenere inconfigurabile un qualsiasi elemento ostativo rilevante ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici.

19a. Nessuna delle esposte argomentazioni difensive risulta convincente.

19b. Innanzitutto, in relazione alla dichiarazione concernente il pregiudizio penale di cui alla lettera c) del comma 1 dell’art. 38 del Codice dei contratti pubblici, il Collegio osserva che la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in presenza di una previsione generica nella *lex specialis* di gara che rinvia alle sole cause di esclusione di cui al menzionato art. 38, non ha ancora raggiunto un univoco orientamento circa l’obbligatorietà o meno dell’esclusione dalla gara nel caso in cui un amministratore, sia in carica che cessato, che avrebbe dovuto rendere quella dichiarazione, non lo abbia fatto, pur non avendo alcun precedente penale a suo carico. Sicché quella mancata produzione - che si risolve, di fatto, nell’omissione di una produzione certificativa di contenuto negativo - è stata talora ritenuta un c.d. “*falso innocuo*”, posto che il comma 1 dell’art. 38 ricolleggerebbe l’esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato

possesso dei requisiti indicati. In altre vicende, la giurisprudenza ha, invece, reputato che l'omessa dichiarazione debba essere comunque sanzionata con l'esclusione, atteso che solo attraverso di essa l'Amministrazione riceve contezza di tutti i soggetti per i quali essa deve essere resa e nei confronti dei quali deve eseguire le necessarie verifiche.

19c. La giurisprudenza dell'Organo di appello è, da ultimo, invece univoca nell'affermare di *“non accedere all'idea che ciò che rileva è unicamente la sussistenza di precedenti penali per gravi reati incidenti sulla moralità professionale”*, perché il meccanismo delineato dall'art. 38 *“prevede che su ciascun concorrente incomba l'onere di rendere una precisa dichiarazione sostitutiva, assumendosi questi così la responsabilità a ciò inerente, ed attribuisce alla stazione appaltante il compito di attivarsi per verificarla”*. Inoltre, *“il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 deve essere indefettibilmente dichiarato con diligente puntualità dai concorrenti nel rispetto della legge”*, in quanto *“le dichiarazioni sono, in realtà, richieste per una finalità che non è solo di garanzia sull'assenza di ostacoli pure di natura etica all'aggiudicazione del contratto, ma anche per una ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti”* (cfr., C.d.S., sez. V, 23.5.2011, n. 3069, e 12.6.2009, n. 3742).

19d. In particolare, poi, deve essere richiamato quanto recentemente statuito dallo stesso Consiglio, per il vero in relazione ad una vicenda di omessa dichiarazione, ma in presenza di un bando della stessa Stazione appaltante che riportava una clausola identica a quella del bando in esame (*“condizioni di partecipazione punto III.2.1 - ciascun*

concorrente dovrà inoltre produrre, pena l'esclusione: a) dichiarazione di possesso dei requisiti di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006). L'argomentare, per l'ampiezza dell'esame delle diverse ipotesi previste dal legislatore e per la generalità degli assunti svolti, è valido anche per la vicenda di causa:

- è stato così osservato che la dichiarazione prevista dall'art. 38, a maggior ragione se espressamente prevista dal bando a pena di esclusione, è necessaria, in quanto solo attraverso di essa l'Amministrazione ha contezza di tutti i soggetti per i quali, ai sensi di legge, essa deve essere resa e, conseguentemente, degli eventuali reati che tali soggetti hanno commesso e per i quali sono stati condannati, e che non è quindi necessario che la clausola del bando prescriva espressamente che la dichiarazione da rendersi debba prevedere tutte le condanne penali ricevute ovvero che non si siano ricevute condanne per taluni reati, debitamente specificati; è, invece, sufficiente che la clausola ribadisca la necessità, a pena di esclusione, della dichiarazione sul possesso dei requisiti di cui all'art. 38;
- è stato poi ribadito che la dichiarazione sostitutiva, *“riferita a tutte le condanne penali eventualmente subite”*, è necessaria poiché solo attraverso la loro conoscenza l'Amministrazione può verificare se ricorrono quelle ipotesi di condanne per *“reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”*. La valutazione della *“gravità”* del reato per cui si è ricevuta condanna non può che competere all'Amministrazione, non potendosi ritenere che essa - come pure è stato talora sostenuto (cfr., sez. V, 4.8.2009 n. 4907) - competa al soggetto dichiarante, di modo che, laddove questo non

avesse indicato una condanna ricevuta, ciò sarebbe sintomo di una sua valutazione di “non gravità” del reato e la dichiarazione non potrebbe essere ritenuta “falsa”. Tale ultima tesi comporterebbe che, per un verso, *“l’Amministrazione - nonostante una espressa previsione di legge - non conoscerebbe (in tutto o in parte) uno dei requisiti del soggetto concorrente (ed eventualmente aggiudicatario); che - non conoscendolo - non può né valutare la gravità del reato per cui si è ricevuta condanna, né se la valutazione di ciò, effettuata dal concorrente - ove si voglia aderire alla giurisprudenza sopra richiamata - risulta ragionevole; infine, che la verifica del possesso o meno del requisito non costituirebbe più un momento indefettibile del procedimento di affidamento, ma diverrebbe meramente eventuale, potendo essa ricorrere solo nel caso in cui altro concorrente prospetti la mancanza del requisito”*;

- è stato, infine, concluso che laddove il bando di gara richieda, a pena di esclusione, la dichiarazione sul possesso dei requisiti di cui all’art. 38, anche senza ulteriori specificazioni, *“tale dichiarazione, con riferimento a quanto richiesto dal comma 1, lett. c), di detto articolo, deve essere presentata ed essere completa, cioè comprendente tutte le condanne penali ricevute, pena, in caso contrario, l’esclusione dalla gara”* (cfr., C.d.S., sez. IV, 1.4.2011, n. 2068).

19e. Anche la IV sezione del Consiglio di Stato ha affermato che le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti ed alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano esclusivamente alla Stazione appaltante e non pure al concorrente medesimo; quest’ultimo è pertanto tenuto a indicare *“tutte le condanne riportate”*, senza possibilità alcuna di valutazioni personali al riguardo (cfr., C.d.S., sez. IV, 10.2.2009, n. 740).

La VI sezione, a sua volta, ha di recente puntualizzato che il predetto onere di completezza della dichiarazione è *“indipendente dall’inserimento dell’obbligo in una specifica clausola del bando e/o del disciplinare di gara”*, in quanto rileva non solo *“l’omissione”* ma anche *“la non veridicità”* della dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti negativi di partecipazione, *“non solo in quanto non consente alla stazione appaltante una completa valutazione dell’affidabilità del concorrente, ma anche, e soprattutto, in quanto interrompe il nesso fiduciario che necessariamente deve presiedere ai rapporti tra pubblica Amministrazione e soggetto aggiudicatario del contratto posto in gara”* (cfr., C.d.S., sez. VI, 3.2.2011, n. 782).

20. Il Collegio osserva, inoltre, che il rigore della riportata e più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato è stato recentissimamente recepito dal legislatore, posto che il comma 2 dell’art. 4 del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 - pur non applicabile alla procedura de quo - ha modificato il disposto del comma 2 dell’art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, stabilendo espressamente che il concorrente deve attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva che indichi *“tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione”*.

21a. In relazione a quanto sopra riportato, va precisato che, nel caso in questione, non si discute della mancata valutazione, e della relativa motivazione, dei precedenti penali a carico degli amministratori dell’impresa Azzolini (bancarotta semplice, lesioni personali colpose, violazione delle norme sul lavoro dei minori), come sostenuto dalla difesa delle parti resistenti, bensì del diverso problema, ancora più a

monte, della mancata dichiarazione di una parte di quei precedenti.

Infatti, pur ritenendo il Collegio che un'esigenza di motivazione espressa si imponga sempre e comunque di fronte a precedenti penali che si presentino, prima facie, riconducibili all'area dei "*reati gravi in danno dello Stato o della Comunità*", e così incidenti sulla moralità professionale, occorre ribadire che, ancor prima della predetta valutazione / motivazione, tutti i precedenti debbono essere comunque dichiarati dai concorrenti, a pena di esclusione dalla gara per dichiarazione non veritiera. Solo in tal modo, infatti, si consente alla Stazione appaltante di esercitare la sua competenza esclusiva di valutazione della gravità delle condanne riportate dai concorrenti in relazione alle peculiarità del caso concreto, alle caratteristiche dell'appalto, alla sua durata, alla rilevanza specifica del reato ascritto.

21b. Infondata è, infine, la tesi difensiva secondo la quale i partecipanti ad una gara pubblica dovrebbero, o potrebbero, attestare la sussistenza delle condanne penali a carico loro e dei soggetti cessati dalla carica in base alle risultanze del casellario giudiziale.

Innanzitutto occorre rammentare che il bando di gara non aveva previsto la produzione del certificato del casellario giudiziale ma una dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa sotto la propria responsabilità ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445, che attestasse "*stati o fatti a diretta conoscenza dell'interessato*", cioè il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice dei contratti e, quindi, l'insussistenza, in capo ai soggetti di cui alla più volte citata lett. c) del comma 1 dello stesso art. 38, di reati incidenti sulla moralità

professionale.

Era dunque onere dei concorrenti rendere una dichiarazione veritiera, enunciando tutte le condanne riportate, anche quelle non iscritte, per mera casualità, nel casellario giudiziale.

Detta fonte, infatti, costituisce lo strumento privilegiato e necessitato di consultazione e verifica per i terzi e per le Amministrazioni aggiudicatrici ma non certo per i diretti interessati quando il bando preveda che venga prodotta una specifica dichiarazione sostitutiva, in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28.12.2000, n. 445, di insussistenza dei reati incidenti sulla moralità professionale: insussistenza che il responsabile dell'impresa non può non conoscere, anche in relazione al ruolo rivestito dagli altri amministratori.

21c. Sotto diverso profilo, non si può non osservare, come ha condivisibilmente posto in rilievo il difensore delle ricorrenti in pubblica udienza, che il sig. Zanato è stato il legale rappresentante della società Azzolini Costruzioni S.r.l. fino al 31.12.2009. In quella data, le società Costruzioni Altogarda S.r.l., Nord Restauri S.r.l., Azzolini Costruzioni S.r.l. e il Consorzio stabile Consorzio Costruttori Altogarda, tramite il quale esse talora operavano, hanno stipulato il contratto di fusione per incorporazione nella nuova impresa successivamente denominata Azzolini Costruzioni Generali S.p.a.

Atteso che, ai sensi dell'art. 2504 bis del c.c. l'incorporazione per fusione di una società in un'altra non comporta l'estinzione del soggetto giuridico incorporato e l'insorgenza di un soggetto giuridico

nuovo e distinto dal primo, deriva che la nuova società Azzolini Costruzioni Generali è rappresentativa, in una “*vicenda meramente evolutivo – modificativa*”, dei precedenti soggetti giuridici (cfr., in termini, T.R.G.A., Trento, 19.2.2011, n. 34).

Non è dunque plausibile, nemmeno in punto di fatto alla luce delle concrete vicende che hanno interessato le società in esame, che l’arch. Azzolini, legale rappresentante della controinteressata Azzolini Costruzioni Generali S.p.a. e già legale rappresentante del Consorzio Costruttori Altogarda, alla data del 18 marzo 2010 non fosse a conoscenza delle vicende processuali, risalenti di soli tre anni, che avevano interessato il legale rappresentate di una società del gruppo ed in carica fino a poche settimane prima di quella dichiarazione.

22. Orbene, nel caso di specie, che ha visto la Stazione appaltante riscontrare nel corso dell’istruttoria procedimentale - effettuata dopo l’aggiudicazione definitiva ma prima della sottoscrizione del contratto - la sussistenza di una condanna penale in capo ad un soggetto per il quale, all’opposto, era stato attestato che non sussisteva alcuna condanna, era conseguenza inevitabile e doverosa - alla luce della riscontrata non veridicità della dichiarazione resa - l’esclusione del raggruppamento interessato dalla procedura di gara, previo l’annullamento, in sede di autotutela, della precedente aggiudicazione.

La pretesa avanzata è dunque fondata, con assorbimento delle altre censure non specificatamente esaminate e, per l’effetto, deve essere annullata l’aggiudicazione pronunciata a favore delle società M.B.M. S.p.a. e Azzolini Costruzioni Generali S.p.a.

23a. Transitando ora all'esame della domanda di inefficacia del contratto, va premesso che essa si evince innanzitutto implicitamente, ma univocamente, da quella di reintegrazione in forma specifica nella posizione delle aggiudicatarie e da quella di conseguente annullamento dell'aggiudicazione. In ogni caso, con il secondo ricorso per motivi aggiunti, a seguito della stipulazione del contratto, detta domanda è stata espressamente formalizzata.

23b. A questo proposito, il Collegio ricorda che l'art. 122 del c.p.a. stabilisce che *“il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*.

La riportata disposizione affida quindi al Giudice, in relazione alle peculiarità di ogni vicenda processuale, la valutazione della possibilità di dichiarare l'inefficacia del contratto.

23c. Di conseguenza, il Collegio dichiara l'inefficacia del contratto stipulato da Autostrada del Brennero S.p.a. con le imprese M.B.M. S.p.a. e Azzolini Costruzioni Generali S.p.a.

Tale dichiarazione trova base e ragione:

- nell'antigiuridicità del comportamento della Stazione appaltante, che si identifica nell'aver tenuto ferma un'aggiudicazione illegittima;
- nel superiore interesse della Stazione appaltante a che i lavori siano

eseguiti da un soggetto provvisto di tutti i requisiti richiesti dalla normativa sui contratti pubblici e da quella di gara;

- nei vizi che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, i quali non comportano il rinnovo della gara;

- nella non teorica possibilità per le società ricorrenti di conseguire l'aggiudicazione, posto che la loro offerta, benché formalmente anomala, si differenzia in meglio di ben sette punti da quella collocatasi al primo posto della graduatoria (35,045% rispetto al 42,303%), la quale, a seguito dell'istruttoria svolta dalla Stazione appaltante, era stata "*considerata, nel suo complesso, congrua*";

- nell'interesse delle ricorrenti a subentrare nel contratto, ove anche la verifica dei requisiti in capo alle stesse si concluda con esito positivo;

- sotto il profilo temporale, nello stato non avanzato dell'esecuzione del contratto, posto che per la realizzazione dei lavori è stato previsto un termine pari a 350 giorni; che il contratto è stato stipulato il 1° aprile scorso; che i lavori sono iniziati successivamente e quindi da poco meno di 3 mesi;

- per il profilo del generale interesse pubblico, nella non sussistenza di interessi economici che, a causa della momentanea sospensione dei lavori, conducano a conseguenze sproporzionate.

Quanto alla decorrenza dell'inefficacia del contratto, il Collegio ritiene congruo il termine del giorno 11 luglio 2011, onde permettere la chiusura del cantiere allestito.

24a. Quanto alla domanda di risarcimento del danno, va conseguentemente accolta, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., la domanda di

risarcimento in forma specifica (cfr., in termini, C.d.S., sez. III, 3.3.2011, n. 1371).

24b. A questo proposito, si rammenta che la domanda di risarcimento del danno in forma specifica non si correla automaticamente a profili di illegittimità dell'aggiudicazione ma richiede l'ulteriore verifica, nei confronti del ricorrente vittorioso in giudizio, di tutti i requisiti ed i presupposti per disporre l'aggiudicazione in suo favore.

24c. Per questo aspetto, seppure il R.T.I. ricorrente si sia graduato al secondo posto della procedura di gara, fa nella specie difetto la prova che l'appalto debba essergli necessariamente aggiudicato in via automatica, atteso che l'istruttoria espletata dalla Stazione appaltante, concernente sia l'anomalia dell'offerta che la verifica dei requisiti, ha avuto ad oggetto esclusivamente la posizione del R.T.I. controinteressato. Di conseguenza, l'estromissione dalla gara di quest'ultimo, con l'annullamento dell'aggiudicazione già disposta a suo favore e lo scioglimento, nei termini sopra precisati, del rapporto contrattuale, si traduce nell'obbligo, in capo alla resistente società Autostrada del Brennero, di dare esecuzione alla presente pronuncia, disponendo dapprima l'aggiudicazione provvisoria a favore delle ricorrenti e quindi procedendo alla successiva, ulteriore istruttoria nei loro confronti. Rafforza questa conclusione la puntuale circostanza che, come già detto, anche l'offerta presentata dalle ricorrenti era risultata anomala e che la stessa non è stata oggetto di alcuna istruttoria (cfr., T.R.G.A. Trento 24.6.2010, n. 162; 7.6.2010, n. 151; 7.10.2009, n. 251, e T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 4.3.2009, n. 456).

Ne consegue che soltanto in esito alla positiva verifica dei requisiti in capo alle ricorrenti, la Stazione appaltante potrà disporre l'assegnazione del contratto a loro favore. A tale stregua, in questa sede nessuna altra pretesa può essere ad esse riconosciuta, potendo le stesse vantare ogni eventuale altro diritto successivamente all'aggiudicazione, che è vicenda diversa dal mero impulso a portare a termine la procedura di gara indotto dall'accoglimento del presente ricorso.

25. All'accoglimento del ricorso consegue che le spese di lite seguano la soccombenza e che debbano essere poste a carico della Stazione appaltante e delle società controinteressate nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 251 del 2010, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati come indicati in epigrafe.

Dichiara l'inefficacia del contratto stipulato da Autostrada del Brennero S.p.a. con le imprese M.B.M. S.p.a. e Azzolini Costruzioni Generali S.p.a., a decorrere dal giorno 11 luglio 2011.

Condanna Autostrada del Brennero S.p.a. a corrispondere la somma di € 4.000,00 (quattromila), oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), a I.V.A., C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali, a favore delle Società ricorrenti. Condanna

altresì M.B.M. S.p.a. e Azzolini Costruzioni Generali S.p.a., in solido, a corrispondere la somma di € 4.000,00 (quattromila), oltre a I.V.A., C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali, a favore delle Società ricorrenti.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/07/2011

IL SEGRETARIO

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