



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 del codice del processo amministrativo  
sul ricorso numero di registro generale 8626 del 2011, proposto da:  
Azzolini Costruzioni Generali S.p.A. in persona del legale  
rappresentante in carica in proprio e quale Mandante A.T.I., Ati -  
Mbm Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Antonio Tita, Francesco  
Vannicelli, con domicilio eletto presso Francesco Vannicelli in  
Roma, via Varrone, 9;

***contro***

Lmv Spa in persona del legale rappresentante in carica in proprio e  
quale Capogruppo Mandataria Costituenda Ati, rappresentato e  
difeso dall'avv. Claudio De Portu, con domicilio eletto presso  
Claudio De Portu in Roma, via Flaminia, 354; Ati - Brunelli Placido  
Franco Srl in proprio e quale Mandante, Ati - Ecm Impianti Srl in

proprio e quale Mandante;

***nei confronti di***

Autostrada del Brennero Spa, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dall'avv. Flavio Maria Bonazza, con domicilio eletto presso Guido Francesco Romanelli in Roma, via Cosseria N. 5;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.R.G.A. – della Provincia di TRENTO n. 00202/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO MEDIANTE PROCEDURA APERTA LAVORI DI RIFACIMENTO DEI CAVALCAVIA IN CORRISPONDENZA DELLE STAZIONI DI MANTOVA SUD E CARPI

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Lmv Spa in proprio e quale Capogruppo Mandataria Costituenda Ati e di Autostrada del Brennero Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2012 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati Francesco Vannicelli, Claudio De Portu ed Enzo Gigante in sostituzione di Flavio Maria Bonazza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso di primo grado e con successivi ricorsi per motivi aggiunti era stato chiesto dal raggruppamento odierno appellato LMV S.p.a., Brunelli Placido Franco S.r.l. e ECM Impianti S.r.l., l'annullamento degli atti della gara bandita 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" che era stata aggiudicata alla odierna appellante M.B.M. S.p.a. e Azzolini Costruzioni Generali S.p.a.

Il raggruppamento odierno appellato (la cui offerta era stata comunque individuata tra quelle soggette a verifica di anomalia) aveva esposto di essersi classificato al secondo posto (con un ribasso del 35,045%) dopo l'offerta del raggruppamento controinteressato odierno appellante che, avendo offerto un ribasso del 42,303%, si era pertanto collocato al primo posto.

Esso aveva quindi impugnato l'aggiudicazione (sia provvisoria che definitiva) disposta in favore del raggruppamento odierno appellante, evidenziando 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 precedenti penali che erroneamente non erano stati considerati gravi, e preclusivi, da parte della stazione appaltante.

Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, l'appellata aveva formulato un ulteriore motivo di censura, investente l'elevato ribasso (pari al 42,303%) offerto dall'originaria aggiudicataria sostenendo che la detta offerta presentava 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) erroneamente sottostimate.

Essa aveva altresì avanzato istanza risarcitoria in forma specifica e richiesta di integrale deposito in giudizio di tutti gli atti di gara da parte della stazione appaltante.

A seguito della ostensione degli atti di gara, l'odierna appellata ha proposto un primo ricorso per motivi aggiunti (notificato il 10 dicembre 2010 e depositato il successivo giorno 16) volto a censurare il diniego opposto dalla stazione appaltante ad una propria istanza con la quale si era chiesto di annullare in autotutela la disposta aggiudicazione, deducendo gli stessi vizi già introdotti con il ricorso principale.

Ha poi proposto un secondo ricorso per motivi aggiunti (notificato il 31 maggio 2011 e depositato il successivo giorno 1 giugno) con il quale è stato dedotto un ulteriore motivo di censura.

Si è in particolare rilevata, quale causa di esclusione dell'aggiudicataria, la circostanza 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, era emerso che il predetto Zanato aveva subito in data 20 agosto 2007 una condanna (a tre mesi di reclusione, sostituiti con 3.420,00 € di multa) per il reato di bancarotta semplice commesso il 17 febbraio 2006.

Ciò integrava la commissione di un reato incidente sulla moralità professionale, in quanto incompatibile con lo svolgimento dell'attività imprenditoriale, che, in ogni caso, avrebbe dovuto essere segnalato alla Stazione appaltante.

Inoltre era emersa nei confronti del sig. Bruno Azzolini un'altra condanna, oltre alle due già dichiarate, ( e gli erano stati inflitti trenta giorni di reclusione, sostituiti con 1.140,00 € di multa), emessa dalla Corte di Appello di Trento in data 2 dicembre 2009 e irrevocabile dal 17 aprile 2010, per lesioni personali colpose gravi in cooperazione, afferenti l'infortunistica sul lavoro.

Il primo giudice con la sentenza in forma semplificata in epigrafe appellata ha accolto l'impugnazione ritenendo in via assorbente fondata la censura relativa la omessa dichiarazione del precedente penale del sig. Vincenzo Zanato.

Ciò perché era incontestato 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.

Senonchè risultava dagli atti di causa che nel mese di novembre 2010, in sede di acquisizione dei certificati del casellario giudiziale e, comunque, prima della stipulazione del contratto, Autostrada del Brennero aveva 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.

Ne discendeva che si era al cospetto di una dichiarazione non veritiera, che ex se considerata ed a prescindere dal giudizio di gravità o meno del reato commesso, avrebbe reso doverosa l'adozione di una statuizione espulsiva. , Spettando all'amministrazione il giudizio sulla eventuale gravità delle eventuali condanne riportate, era comunque obbligo del concorrente dichiarare tutti i pregiudizi penali subiti non pertendendo a quest'ultimo effettuare valutazioni in ordine alla gravità del reato ascrittogli o del pregiudizio penale riportato perché ciò si sarebbe risolto nella possibile privazione in capo alla stazione appaltante delle conoscenze indispensabili per potere

delibare in ordine alla incidenza del precedente riportato sulla moralità professionale e sulla gravità del medesimo.

Il primo giudice ha poi confutato le tesi (comuni alla stazione appaltante ed alla odierna appellante) secondo cui il disvalore non poteva essere desunto dal titolo del riscontrato reato (che non integrava la fattispecie di reato “grave” in danno dello Stato) e che in ogni caso l’impresa Azzolini, al momento in cui aveva reso le proprie dichiarazioni, si era 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 (posto che detta condanna sarebbe stata inserita nel sistema informatico soltanto nel corso dell’estate 2010, non si era al cospetto di alcun consapevole mendacio).

Ha in proposito ribadito che la dichiarazione doveva contemplare tutte le condanne subite non spettando al concorrente alcuna delibazione in ordine alla gravità delle medesime, ed ha rilevato che non appariva accoglibile la tesi per cui 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.

Il bando di gara, infatti, 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 dicembre 2000, n. 445, che attestasse “stati o fatti a

diretta conoscenza dell'interessato", cioè il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d.Lgs 12 aprile 2006 n.163 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 onere dei concorrenti rendere una dichiarazione veritiera, enunciando tutte le condanne riportate, anche quelle non iscritte, per mera casualità, nel casellario giudiziale.

Per altro verso, il sig. Zanato era stato il legale rappresentante della società Azzolini Costruzioni S.r.l. fino al 31 dicembre 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, avevano stipulato il contratto di fusione per incorporazione nella nuova impresa successivamente denominata Azzolini Costruzioni Generali S.p.a.

Non era quindi plausibile, nemmeno in punto di fatto alla luce delle concrete vicende che avevano 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 attinto il legale rappresentate di una società del gruppo ed in carica fino a poche settimane prima di quella dichiarazione.

Il primo giudice ha quindi accolto il ricorso e dichiarato 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, e disposto che la appaltante società Autostrada del Brennero, desse esecuzione alla impugnata decisione, disponendo dapprima l'aggiudicazione provvisoria a favore della originaria ricorrente seconda classificata e quindi procedendo alla successiva, ulteriore istruttoria nei suoi confronti (sia sotto il profilo della verifica di anomalia che con riferimento al possesso dei requisiti).

L'originaria aggiudicataria odierna appellante ha proposto una articolata critica alla sentenza in epigrafe chiedendone la riforma.

Essa ha in particolare sostenuto che il precedente penale da cui era attinto il Zanato non era grave (e la stessa stazione appaltante l'aveva ritenuto espressamente qual non connotato di gravità) e non avrebbe dovuto essere dichiarato.

Detta condanna, comunque, era stata del tutto ignorata dall'appellante, che aveva acquisito il certificato generale del casellario giudiziale (nel quale, alla data del marzo 2010, il detto precedente penale non risultava annotato).

D'altro canto, trattandosi di soggetto cessato dalla carica, non era possibile agire in altro modo: la impugnata decisione attraverso un ragionamento di tipo congetturale, fondato sulla carica in passato rivestita dal Zanato, aveva inammissibilmente ritenuto di potere superare l'incontestabile emergenza processuale discendente dal fatto che al momento della produzione del certificato il detto precedente

da cui era attinto il Zanato, sebbene risalente al 2007, non figurava iscritto (ciò almeno fino al 16 giugno 2010).

La sentenza impugnata mutuava tali vizi e, in quanto erronea, meritava di essere annullata.

L' appellata amministrazione, costituitasi nell'odierno giudizio d'appello ha depositato una articolata memoria chiedendo che l'appello venga accolto in considerazione della circostanza che la condanna riportata dallo Zanato era stata iscritta nel casellario giudiziale soltanto dopo il 18 giugno 2010 (la data di presentazione delle offerte – 25 marzo 2010- era già trascorsa da mesi).

La condanna, peraltro, comminata con decreto penale, e recante una modestissima pena detentiva convertita in pena pecuniaria (€ 3.420//00) era scevra da gravità.

Con memoria datata 16 novembre 2011 l'appellata ha chiesto di respingere l'appello perché infondato.

In particolare ha evidenziato che la condanna (per reato assai grave, e certamente incidente sulla moralità imprenditoriale) riportata dal Zanato risaliva all'ottobre 2007, e questi era cessato dalla carica il 31 dicembre 2009.

Anche a volere dar credito alla tesi dell'appellante società, quest'ultima alla data del 23 luglio 2010 aveva comunque conosciuto il precedente penale da cui era gravato il predetto: a detta data la aggiudicazione provvisoria era ancora lungi dall'essere stata disposta (essa infatti ebbe luogo il 17 settembre 2010): a tutto concedere

L'appellante avrebbe dovuto emendare il proprio errore.

L'appellata ha poi riproposto i motivi assorbiti in primo grado ed ha fatto presente che il direttore tecnico cessato Bruno Azzolini aveva riportato una condanna per il grave reato di lesioni personali colpose gravi in cooperazione in data 17 aprile 2010.

Egli comunque aveva in passato riportato due condanne (queste ultime effettivamente dichiarate) per due gravi reati incidenti sulla moralità professionale per cui comunque il RTI appellante avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Infine, ha riproposto le censure incentrate sull'anomalia dell'offerta presentata dall'appellante specificando le voci non congruenti e proponendo istanza istruttoria.

Alla camera di consiglio del 22 novembre 2011 la Sezione ha emesso ordinanza collegiale istruttoria n. 5168/2011 disponendo l'acquisizione di "una complessiva relazione dell'amministrazione che chiarisca le iniziative intraprese e le valutazioni adottate in ordine alle contestazioni relative all'asserita anomalia dell'offerta presentata dall'odierna appellante fornendo documentati e motivati chiarimenti in ordine alle contestazioni contenute nel terzo motivo di censura di cui alla memoria prodotta dall'appellata".

L'amministrazione ha ottemperato alla ordinanza depositando la relazione comprensiva di un allegato (relativo ai lavori di verifica delle offerte anormalmente basse espletato).

L'appellata ha depositato una ulteriore memoria confutando le tesi

esposte dall'Amministrazione e riproponendo le proprie difese in merito alla reiezione dell'appello.

L'appellante ha depositato una memoria evidenziando che i profili di censura proposti dall'appellata in primo grado e relativi all'asserita anomalia dell'offerta erano infondati.

Alla odierna camera di consiglio del 14 febbraio 2012 la causa è stata posta in decisione dal Collegio.

## DIRITTO

1. Stante la completezza del contraddittorio e la mancata opposizione delle parti rese edotte della possibilità di immediata definizione della causa, questa può essere decisa nel merito, tenuto conto della fondatezza dell'appello, nei termini di cui alla motivazione che segue, e della infondatezza del ricorso di primo grado proposto dalla odierna appellata.

1.1. Il primo profilo da esaminare è ovviamente quello relativo alla avversata correttezza della statuizione del primo giudice che, assorbendo le altre censure proposte dall'odierna appellata ha accolto la terza censura proposta con il secondo ricorso per motivi aggiunti.

2. Va premesso in punto di fatto che la *lex specialis* della procedura evidenziale per cui è causa non integrava la prescrizione di legge di cui all'art. 38 del d.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163: ne consegue che l'unico riferimento normativo da prendere in esame al fine di valutare la esattezza dell'impugnata decisione, laddove ha affermato che l'appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura

evidenziale riposa nella surrichiamata norma di legge.

2.1. Stabilisce in proposito l'art. 38 comma 1 lett. c del d.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (nella parte di interesse per l'odierno procedimento, e nella versione antecedente alle modifiche introdotte dal d.l. 13 maggio 2011 conv. in legge 12 luglio 2011 n. 106 ) che “ sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza 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; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata 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; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di

rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale;”.

Il successivo comma 2 del medesimo articolo precisa che “ il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione ”.

Come è agevole riscontrare il comma 2 della citata disposizione limitandosi a fare riferimento alla necessità di produrre una attestazione che documenti il “possesso dei requisiti” ricollega il contenuto della dichiarazione relativa alle condanne subite direttamente al precetto di cui all’art.1 lett. c del medesimo articolo.

2.2. Come è noto, la giurisprudenza si è a più riprese interrogata in ordine alla condotta che deve serbare l’impresa partecipante allorchè essa procede a redigere e trasmettere l’attestazione di cui al richiamato comma 2 della citata disposizione.

In particolare si sono confrontate sul punto due opzioni

ermeneutiche.

Secondo una prima tesi il collegamento tra il comma 2 del citato art. 38 ed il comma 1 lett. c legittimerebbe il concorrente ad omettere di dichiarare precedenti penali (che secondo il proprio giudizio non erano connotati dal requisito della gravità e comunque) di scarso rilievo. La dichiarazione in tal senso resa, non potrebbe considerarsi ex se falsa e determinare conseguenze espulsive automatiche: spetterebbe all'amministrazione previa valutazione in ordine alla eventuale gravità del precedente penale non dichiarato, adottare determinazioni espulsive fondate però non già sulla (inesistente e comunque innocua) falsità della dichiarazione, ma sulla consistenza del precedente penale non dichiarato.

Con la importante precisazione, però, che laddove la *lex specialis* avesse imposto di dichiarare tutte le condanne riportate il concorrente non poteva omettere di dichiararne taluna in quanto asseritamente non grave: in tali ipotesi la sanzione espulsiva era diretta conseguenza della violazione della prescrizione del bando senza che la stazione appaltante dovesse interrogarsi in ordine alla gravità del precedente penale omesso (Consiglio Stato , sez. VI, 21 dicembre 2010 , n. 9324).

Secondo una tesi più rigorosa, spettando all'amministrazione il giudizio sulla eventuale gravità delle eventuali condanne riportate, è comunque obbligo del concorrente dichiarare tutti i pregiudizi penali subiti non pertenenendo a quest'ultimo effettuare valutazioni in ordine

alla gravità del reato ascrittogli o del pregiudizio penale riportato perché ciò si sarebbe risolto nella possibile privazione in capo alla stazione appaltante delle conoscenze indispensabili per potere deliberare in ordine alla incidenza del precedente riportato sulla moralità professionale e sulla gravità del medesimo.

Si è affermato pertanto in passato che “giusta orientamento della Sezione alla stregua della portata dell'art. 38 d.lg. n. 163 del 2006, deve ritenersi che le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti ed alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano alla Stazione appaltante e non al concorrente medesimo, il quale è pertanto tenuto a indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare a monte alcun « filtro », omettendo la dichiarazione di alcune di esse sulla base di una selezione compiuta secondo criteri personali.”(Consiglio Stato , sez. IV, 10 febbraio 2009 , n. 740).

Ne consegue che, in ipotesi di omessa dichiarazione di condanne riportate è legittimo il provvedimento d'esclusione non dovendosi configurare in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente penale di cui è stata omessa la dichiarazione e conseguendo la statuizione espulsiva dalla omissione della prescritta dichiarazione.

2.3. La Sezione si è ormai stabilmente orientata verso quest'ultimo approccio interpretativo che, pienamente conciliabile con il dato testuale contenuto nella disposizione di legge in parola, ha il pregio

di non vanificarne la portata demandando al concorrente (certamente interessato a dichiarare nella minor misura possibile circostanze a se potenzialmente sfavorevoli) una delibazione preventiva sulla “gravità” della condanna che, invece, logicamente e per espressa prescrizione di legge compete alla discrezionalità valutativa della stazione appaltante (Consiglio Stato , sez. VI, 04 giugno 2010 , n. 3560), previa comunicazione alla medesima della sussistenza del precedente penale da valutare.

2.4. In particolare, si è ancora di recente affermato (Consiglio di Stato, Sezione Quarta decisioni nn. 2066/2011 e 2068/2011) che “la dichiarazione sostitutiva – riferita a tutte le condanne penali eventualmente subite – è altresì necessaria, in relazione alla prima delle ipotesi contemplate dall’art. 38, 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 si è talora sostenuto (Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2009 n. 4907) - competa al soggetto dichiarante, di modo che, laddove questo non avesse dichiarato una condanna ricevuta, ciò sarebbe sintomo di una sua valutazione di non gravità del reato per cui essa è stata pronunciata, 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.”.

2.5. In via di principio, ed alla stregua del condivisibile orientamento soprariportato quindi, il Collegio concorda con la tesi espressa dal primo giudice, secondo cui la dichiarazione connotata dalla omessa indicazione di taluno dei precedenti penali che attingono uno dei soggetti contemplati dal più volte citato art. 38 del d.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 rende legittima la espulsione della ditta partecipante alla gara, a prescindere dal giudizio di gravità – o meno- reso in ordine alla condanna riportata.

2.5.1. Vanno disattese, pertanto, tutte le censure incentrate sul preteso giudizio di non gravità reso dalla stazione appaltante in ordine al precedente penale riportato dal sig. Zanato e, a monte, sulla considerazione per cui dell'appellante raggruppamento legittimamente avrebbe potuto omettere di dichiarare la condanna a

cagione dell'asserita non gravità della medesima.

3. Tale affermazione, tuttavia, non esaurisce il compito del Collegio.

3.1. Con un ulteriore gruppo di censure l'appellante raggruppamento sollecita un giudizio in ordine al proprio supposto stato di buona fede incentrato su una pluralità di situazioni di fatto.

Si è rappresentato, in particolare, che il Signor Zanato era cessato dalla carica di amministratore della Azzolini Costruzioni s.r.l. (poi confluita nella fusione per incorporazione dalla quale è sorta la Azzolini Costruzioni Generali s.p.a.) in data antecedente alla indizione della gara.

Egli aveva riportato, nel 2007, una condanna per bancarotta semplice, che tuttavia non era stata inserita nel sistema informativo del casellario giudiziale in data antecedente al termine di presentazione delle offerte (che scadeva il 25 marzo 2010) pur essendo passata in giudicato a detta data.

Non era dato conoscere il perché la detta statuizione (trattavasi di decreto penale di condanna), seppure risalente al 2007 e divenuta esecutiva il 2 ottobre 2007 non fosse stata annotata, ancora sino al giugno 2010, nel certificato del casellario giudiziale.

Fatto sta comunque che l'amministratore in carica aveva reso la dichiarazione dopo avere acquisito la visura generale del casellario (e non soltanto quello "a richiesta di privati") e non avendo rinvenuto alcuna attestazione aveva in perfetta buona fede reso la predetta dichiarazione: né trattandosi della posizione di un soggetto terzo era

esigibile una condotta più diligente di quella in concreto posta in essere.

3.2. Rileva il Collegio in proposito che, costituisce *jus receptum* il principio per cui l'omessa indicazione dei soggetti cessati nel triennio integra causa di esclusione non ponendo la stazione appaltante nelle condizioni di controllare in capo a questi ultimi la sussistenza di condizioni ostative.

Nel caso di specie, tuttavia, l'appellante ha presentato una dichiarazione completa che contemplava la posizione di tutti gli amministratori cessati.

In ordine ai doveri incombenti ai sensi dell'art. 38 citato con riferimento ai predetti soggetti cessati, la uniforme giurisprudenza amministrativa ritiene che “

La dichiarazione sostitutiva (autocertificazione) richiesta dall'art. 38 d.lg. 163/2006 al legale rappresentante delle imprese concorrenti alle gare per l'affidamento di appalti pubblici, relativamente ai soggetti cessati dalle cariche sociali - previste dal medesimo art. 38 - nel triennio antecedente (e concernente l'assenza di atti o fatti impeditivi espressamente indicati dalla medesima disposizione) deve sicuramente indicare tutti tali soggetti, identificandoli compiutamente, e tuttavia, in quanto concernente stati, fatti e qualità riguardanti terzi (e non il medesimo dichiarante) non può che essere resa (ai sensi dell'art. 47 d.P.R. 445/2000) "per quanto a conoscenza" del dichiarante medesimo, senza che questi sia neppure tenuto (né

l'eventuale omissione può costituire causa di esclusione dalla gara) a indicare le ragioni per le quali non ha potuto produrre dichiarazioni dei diretti interessati, ben potendo, invece, l'amministrazione - a fronte di una compiuta Identificazione di questi ultimi - procedere essa alle opportune verifiche, anche attraverso il casellario giudiziale e altri archivi pubblici (ai quali la stessa, a differenza del dichiarante, ha accesso). Consiglio Stato , sez. IV, 27 giugno 2011 , n. 3862

In particolare, si è affermato che (Consiglio di Stato Sezione V n. 513/2011) “gli obblighi gravanti sul legale rappresentate vanno valutati in termini di buona fede quando i fatti da attestare riguardano soggetti cessati dalla carica, e dunque ormai terzi rispetto alla società dichiarante”.

Risulta incontestato che dal certificato penale richiesto dall'appellante raggruppamento al momento in cui questo ebbe a rendere la prescritta dichiarazione (18 marzo 2010) la detta condanna a carico del Sig. Zanato non risultava; e che essa non fu iscritta almeno sino al 16 giugno 2010.

Se così è (e, lo si ripete, in punto di fatto la cronologia sopraesposta non è contestata) sotto il profilo dell'imputabilità soggettiva nulla può rimproverarsi all'appellante quanto all'asserito “mendacio” della dichiarazione, poiché questi ebbe unicamente ad esporre (tanto più che trattavasi di amministratore cessato) le resultanze corrispondenti a quelle che avrebbe potuto acquisire con l'ordinaria diligenza.

Né è dato comprendere quali altre indagini l'appellante

raggruppamento avrebbe potuto espletare.

3.2. Le ulteriori argomentazioni contenute nella impugnata decisione (sostanzialmente riconducibili all'affermazione secondo cui stante la pregressa posizione rivestita dallo Zanato nella compagine societaria il dichiarante "non avrebbe potuto non conoscere" il detto precedente penale dal quale questi era gravato), integrano ragionamento congetturale, svolto in via ipotetica, che non appare accoglibile, introducendo un elemento di incertezza ed arbitrarietà nella individuazione dei doveri incombenti sui partecipanti alle gare che, da un canto, ipotizza una indagine "caso per caso" sulla eventuale scienza privata del dichiarante e, per altro verso, svaluta l'affidabilità delle certificazioni rilasciate dall'amministrazione della giustizia, giungendo al paradosso di obbligare il dichiarante a svolgere indagini "ulteriori" rispetto a quelle fondate sull'acquisizione delle dette certificazioni. Ed analoghe considerazioni valgono con riferimento all'argomentazione dell'appellata, secondo cui una volta acquisita la notizia della sussistenza della ulteriore condanna per errore non iscritta nel casellario, l'appellante avrebbe dovuto attivarsi e fare pervenire una "nota di rettifica": in disparte che tale tesi individua a carico dell'imprenditore un onere che anche in questo caso non è prescritto da alcuna norma di legge, è agevole riscontrare, a tacer d'altro, che comunque non si verterebbe in tema di "falsità della dichiarazione", quantomeno sotto il profilo soggettivo, per cui la eventuale

statuizione espulsiva sarebbe stata condizionata comunque al vaglio in ordine alla “gravità” del precedente penale non menzionato per incolpevole omissione.

Ma posto che il detto vaglio da parte della Stazione appaltante è stato negativo, l'appellante non avrebbe potuto essere esclusa per tal motivo.

Né il giudizio sulla non gravità del predetto precedente penale, reso dalla Stazione appaltante appare – isolatamente considerato – censurabile, dovendosi rammentare l'ampia discrezionalità di cui godeva la medesima nell'apprezzamento di tale profilo.

Si rammenta in proposito che la prima parte della norma dell'art. 38 comma 1, lett. c) del c.d. “codice dei contratti,” s'indirizza al concorrente prevedendo il divieto di partecipazione alle gare per gli operatori che siano stati condannati con sentenza passata in giudicato per "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale", indicando una categoria di reati non definita compiutamente in cui si lascia alla stazione appaltante un margine di apprezzamento (come si evince peraltro dalla circostanza che la seconda parte della norma, facendo riferimento a fattispecie espressamente specifiche -partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio- s'indirizza alla stazione appaltante, privandola di qualsiasi potere discrezionale di valutazione, nel senso che alle sentenze di condanna per uno dei predetti reati si connette un effetto automatico di preclusione della

partecipazione ai pubblici appalti)

Esprime peraltro il Collegio la condivisibilità di tale valutazione avuto riguardo alla modestia della pena in concreto inflitta allo Zanato ed alla circostanza che la modesta pena detentiva applicatagli, per reato colposo fu convertita in multa già in sede penale ( si trattava di una condanna a tre mesi di reclusione, sostituiti con 3.420,00 € di multa per bancarotta semplice, come già esposto nella parte in fatto).

Si rammenta in proposito che la costante giurisprudenza penale di legittimità ritiene che il giudizio in ordine alla ammissibilità della conversione della pena detentiva in pecuniaria sia ancorato ai parametri di cui all'art. 133 del codice penale e, quindi, anche sulla gravità del reato (ex multis, si veda Cassazione penale , sez. V, 26 gennaio 2011 , n. 10941).

In ultimo, la circostanza (prospettata dall'appellata ancora nell'ultima memoria depositata) che il certificato sia stato richiesto su delega dello Zanato stesso, al più può provare il dato (totalmente neutro) che il predetto intrattenesse rapporti con la appellante, ma non certo che questi avesse comunicato al raggruppamento appellante che nel 2007 aveva subito una condanna che non risultava annotata nel casellario giudiziale.

3.3. La censura va quindi accolta e la sentenza merita riforma, con conseguente reiezione del corrispondente motivo di censura prospettato in primo grado

4. La riscontrata fondatezza della impugnazione, impone che il Collegio esamini le ulteriori doglianze proposte dall'appellata in primo grado, riproposte in appello, ed in ordine alle quali il primo giudice non si è pronunciato, avendole assorbite.

4.1 In ordine alla prima doglianza contenuta nel mezzo introduttivo del giudizio ed alla ulteriore censura fondata sul malgoverno della disposizione di cui all'art. 38 del dLgs. N. 163/2006 contenuta nel ricorso per motivi aggiunti in primo grado dovrebbero svolgersi considerazioni analoghe alle precedenti, ed esse vanno respinte per i motivi già chiariti in precedenza.

4.1.1. In particolare, sulle due modeste condanne a pena pecuniaria riportate dall'Azzolini Bruno, soggetto cessato dalla carica (e puntualmente dichiarate dall'appellante: primo motivo di ricorso del mezzo di primo grado) la stazione appaltante ha svolto il prescritto vaglio e, nell'ambito della propria discrezionalità –scevro da profili di abnormità- le ha giudicate non gravi.

La detta valutazione, non apparendo viziata da irragionevolezza od abnormità, appare esente da mende, e la corrispondente censura va pertanto respinta dovendosi ribadire che analogo giudizio di “non gravità” venne all'evidenza reso dal Giudice penale allorchè ammise il condannato a godere del beneficio della conversione della pena detentiva in pecuniaria.

4.2. Quanto alla ulteriore condanna (parimenti, comunque, a pena detentiva convertita in pecuniaria) dal Bruno Azzolini riportata e non

dichiarata dalla concorrente odierna appellante (censura prospettata nel ricorso per motivi aggiunti di primo grado) non sussiste alcuna dichiarazione “falsa o mendace” in quanto la predetta condanna riportata dall’Azzollini è divenuta definitiva in data 17 aprile 2010, e quindi in epoca successiva al momento in cui la appellante presentò la prescritta dichiarazione, di guisa che nessun onere dichiarativo sussisteva a carico della medesima (si veda Consiglio Stato , sez. VI, 08 luglio 2010 , n. 4440, in punto di necessità di dichiarare soltanto i precedenti regiudicati ) e, in ordine al giudizio di non gravità espresso dall’amministrazione valgono le considerazioni svolte in precedenza.

5. Con ciò esaurito l’esame dei motivi di ricorso di primo grado incentrati sull’asserito malgoverno dell’art. 38 del dLgs n. 163/2006, possono adesso essere prese in esame le censure proposte dall’appellata ed attingenti l’asserita anomalia dell’offerta presentata dalla odierna appellante.

5.1. Anche di queste ultime il Collegio non ne condivide la fondatezza.

5.2. Si rammenta in proposito che per pacifica giurisprudenza i parametri della illogicità ed arbitrarietà sono gli unici cui deve restare ancorata la verifica giudiziale, a fronte della penetrante discrezionalità amministrativa sia in sede di valutazione dell’anomalia che, a fortiori, di scelta di quali “strumenti” di indagine e verifica avvalersi per dissipare i dubbi di anomalia dell’offerta riconosciuti in capo alla stazione appaltante (ex multis, in merito alla discrezionalità tecnica

che assiste il seggio di gara in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta si veda, tra le tante, Consiglio Stato , sez. IV, 05 agosto 2005, n. 4196)

Come è noto, per evidenti fini di tutela del pubblico interesse, la "ratio" cui è preordinato il meccanismo di verifica della offerta anomala è la piena affidabilità della proposta contrattuale.”(Consiglio Stato , sez. V, 05 ottobre 2005, n. 5315).

Conseguenzialmente alla detta premessa, ancora di recente è stato affermato che “il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento. Altresì, non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, essendo invero finalizzato ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile. In merito al procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, il Giudice Amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla P.A. sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della P.A., in esercizio di discrezionalità tecnica.” (Cons. Stato Sez. III, 26-01-2012, n. 343 ).

Rammenta il Collegio che in coerenza con l'orientamento per cui la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira ad accertare se

l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto, ancora recentemente è stato ribadito che (Consiglio di Stato, Sezione Sesta n.4801/2011) il procedimento di verifica è avulso da ogni formalismo ed è improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente; il contraddittorio deve essere effettivo; non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni, ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; mentre l'offerta è imm modificabile, modificabili sono le giustificazioni, e sono ammesse quelle sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, a garanzia di una seria esecuzione del contratto. (Consiglio Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

Nei limiti della ragionevolezza (discendente da dati variabili tra i quali va annoverato, anche, anche quello rappresentato dalla complessità dell'appalto, dal valore del medesimo, dal numero delle voci oggetto di rilievo e giustificazioni, etc), non vi sono limitazioni prefissate al potere di verifica della stazione appaltante, e, per altro verso, per la pacifica giurisprudenza infatti non è escluso che si possa procedere in sede di verifica di anomalia ad un limitato rimaneggiamento dei suoi elementi, purché la proposta contrattuale non venga modificata o alterata ( Consiglio Stato , sez. VI, 7 marzo 2008 , n. 1007; sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1889; sez. V, 11 novembre 2004, n. 7346).

Ciò che rileva è che l'offerta rimanga nel complesso "seria".

E seria rimane, anche laddove l'utile d'impresa si riduca, purchè non risulti del tutto azzerato.

Si rammenta in proposito che l'art. 87, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nella versione antecedente alla modifica introdotta dall'articolo 4-quater, comma 1, lettera c), punto 1), del D.L. 1° luglio 2009, n. 78 dispone che, "Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima".

L'utilizzo dell'inciso "in aggiunta" consente di rilevare che, purché l'utile di impresa sia indicato e risulti permanere all'esito della verifica d'anomalia, e purché non si registrino indebite "sostituzioni di voci", anche un eventuale rimaneggiamento dell'offerta appare non soltanto consentito, ma addirittura fisiologico.

Ma ciò che maggiormente giova ribadire, alla luce delle censure proposte dall'appellata in primo grado, è che armonicamente con le conclusioni della giurisprudenza (Consiglio Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215) non può essere fissata, ai fini della valutazione di anomalia delle offerte presentate nelle gare di appalto, una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale e risultando in sé ingiustificabile solo un

utile pari a zero, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante (si pensi alle ricadute positive che possono discendere in termine di qualificazione, pubblicità, curriculum discendenti per una impresa dall'essersi aggiudicata e dall'avere poi portato a termine un prestigioso appalto).

5.3. Proprio alla stregua delle superiori coordinate esposte, il complesso delle censure prospettate dall'appellata non merita accoglimento.

In disparte la circostanza della discrasia per 10.000 euro relativa alla voce "spese materiali" che la stazione appaltante ha chiarito essere ascrivibile ad un mero errore materiale (come può agevolmente evincersi, peraltro, dal raffronto delle cifre esposte, laddove l'errore è nella somma), e soprattutto tenuto conto delle "giustificazioni" sulla asserita sottostima con riferimento al calcestruzzo ( laddove effettivamente la ricorrente di primo grado non fa alcun riferimento alla prescrizione del capitolato relativa agli additivi) evidenzia il Collegio che la odierna appellante e la stazione appaltante medesima hanno chiarito che numerose voci sono state stimate in termini prudenziali.

La stazione appaltante ha analiticamente indicato (pagg. 5 e 8 della relazione illustrativa) che numerose voci dell'offerta, tra cui anche quella relativa alla mano d'opera, sono state stimate in via del tutto prudenziale, di guisa che le eventuali sottostime dell'offerta sarebbero tali da essere compensate dalle sovrastime prudenziali

(peraltro incidenti su voci percentualmente rilevanti nell'economia dell'offerta).

La appellante, invece, nella propria memoria, rimasta sul punto incontestata, ha “doppiato” tali considerazioni indicando financo le singole voci in cui maggiormente si riscontrano poste attive positivamente vagliate dalla stazione appaltante, rileva il Collegio la inaccogliabilità della censura.

Posto infatti che, anche a considerare esatto il computo dell'appellata (il che non pare certamente, ad esempio, in relazione alla “voce” relativa al calcestruzzo) vi sarebbe un margine da compensare pari a meno di 11.000 Euro (pag. 15 della memoria in ultimo depositata dall'appellata) appare evidente dalla complessiva relazione depositata dall'amministrazione che i risparmi dovuti alle sovrastime sarebbero tali da compensare detto eventuale saldo negativo sì da raggiungere la soglia di utile positivo (sia pure inferiore rispetto a quello ipotizzato dalla offerente) che impedisce di dichiarare “non seria” l'offerta e inattendibile la verifica d'anomalia svolta dalla stazione appaltante.

5.3 Anche tale ultima doglianza prospettata nel mezzo di primo grado, pertanto, deve essere disattesa.

6. Conclusivamente, la sentenza non resiste alle censure contenute nel ricorso in appello che, pertanto, merita accoglimento, con conseguente annullamento della sentenza di primo grado ed integrale reiezione del ricorso di primo grado proposto dall'odierna appellata.

7. La particolarità, complessità, e parziale novità delle questioni

esaminate trattate consente di disporre l'integrale compensazione delle spese sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, numero di registro generale 8626 del 2011 come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto, annulla l'impugnata decisione e, pronunciando sul ricorso di primo grado, lo respinge integralmente.

Spese processuali del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozi, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2012

IL SEGRETARIO

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