



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

sul ricorso numero di registro generale 291 del 2008, proposto da:
Costruzioni F.lli Azzolini S.r.l., in persona del legale rappresentante
sig. Marino Azzolini; Costruzioni Altogarda S.r.l., in persona del
legale rappresentante sig. Marino Azzolini e Nord Restauri S.r.l., in
persona del legale rappresentante sig. Mario Azzolini, rappresentate e
difese dagli avv.ti Lorenzo Anelli e Stella Cannalire ed elettivamente
domiciliate presso lo studio di quest'ultima in Trento, via Milano, n.
80

contro

- Istituto Trentino per l'Edilizia Abitativa S.p.A. (ITEA), in persona
del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo
Stella Richter e Paola Matassoni ed elettivamente domiciliata presso
l'Ufficio affari legali di ITEA S.p.A. in Trento, via Guardini, n. 22;

- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trento, nei cui uffici in Largo Porta Nuova, n. 9 è, per legge, domiciliata;

- Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trento, nei cui uffici in Largo Porta Nuova, n. 9 è, per legge, domiciliata

nei confronti di

Pellizzari Gildo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio

e con l'intervento di

Brunelli Placido Franco S.r.l., in persona del legale rappresentante sig. Ugo Guglielmo Brunelli, e Safital S.r.l., in persona del legale rappresentante sig. Mauro Furlan, rappresentate e difese dagli avv.ti Riccardo Barberis e Claudio De Portu ed elettivamente domiciliate presso lo studio dell'avv. Erica Oraziotti in Trento, via Grazioli, n. 27,

ad opponendum

per l'annullamento

1. delle note prot. n. 11898, n. 11899 e n. 11900 di data 10.11.2008 con le quali ITEA S.p.A. ha segnalato all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici le false dichiarazioni rese, rispettivamente, dalle

Imprese Costruzioni F.lli Azzolini S.r.l., Nord Restauri S.r.l. e Costruzioni Altogarda S.r.l.;

2. delle annotazioni iscritte, in data 28(?) .11.2008, sul casellario informatico presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici a carico delle stesse imprese;

3. del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, con cui è stato approvato il regolamento per l'istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, ed in particolare dell'art. 27 riferito al "casellario informatico";

4. di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente, nonché di eventuali atti ulteriori non noti e, in particolare, del bando di gara prot. n. 11385 di data 19.11.2007; della lettera di invito prot. n. 2862 - G di data 22.1.2008; delle note ITEA prot. n. 5733, 5734, n. 5735 e n. 5736 di data 5.6.2008; della nota ITEA prot. n. 8211 di data 7.8.2008; delle note ITEA di data 11.8.2008 indirizzate alle Imprese Costruzioni F.lli Azzolini S.r.l., Nord Restauri S.r.l. e Costruzioni Altogarda S.r.l. recanti la sanzione dell'interdizione dalle gare ITEA per la durata di 3 mesi; delle note ITEA prot. n. 11993, n. 11994 e n. 11995 di data 11.11.2008; della nota dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici prot. 60422/08/Vilaver di data 31.10.2008.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ITEA S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Visto l'atto di intervento ad opponendum;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9.7.2009 il cons. Alma Chietтини e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Con il bando n. 11385, datato 19.11.2007, ITEA S.p.A. ha indetto una gara mediante licitazione per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili di proprietà, e di altri ad essa affidati in gestione, siti nei comuni dei Comprensori delle Giudicarie e dell'Alto Garda e Ledro ed in alcuni nominati comuni del Comprensorio della Valle dell'Adige. La lettera b4. del punto 5.2 del bando aveva stabilito che, per partecipare alla gara, gli amministratori muniti di rappresentanza ed i direttori tecnici (compresi quelli cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando) dei soggetti offerenti dovessero dichiarare "che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza 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, oppure di avere i seguenti precedenti penali: ...”, con la precisazione che si sarebbero dovuto indicare tutti i precedenti penali, anche ove fosse stato accordato il beneficio della non menzione sul casellario giudiziale, “in quanto la valutazione dell'incidenza del reato sull'affidabilità morale rientra nella valutazione discrezionale della stazione appaltante. A nulla potrà valere allegare alla documentazione anche il certificato del casellario giudiziale, in quanto tale documento, quando rilasciato ai privati, non riporta tutti i precedenti penali”. Inoltre, sia il punto 3 che la lettera e) del punto 5.2 dello stesso bando avevano previsto che, per i consorzi stabili, i requisiti di ordine generale dovessero essere posseduti anche dalle imprese consorziate esecutrici dei lavori e che ciascuna impresa dovesse rendere, a pena di esclusione, le richieste dichiarazioni.

2. Le tre società ricorrenti hanno partecipato alla gara per l'affidamento dei menzionati lavori in qualità di componenti del Consorzio Costruttori Altogarda, il quale, all'esito della procedura, è risultato il miglior offerente. In sede di verifica delle dichiarazioni presentate ITEA ha riscontrato l'esistenza di precedenti penali non menzionati nelle dichiarazioni rese sia dal legale rappresentante del Consorzio che da quelli delle tre imprese consorziate. In data 5 giugno 2008 ha quindi chiesto informazioni ai quattro soggetti interessati, che hanno risposto con un'unica nota datata 24 giugno nella quale hanno allegato la natura scusabile dell'errore, che sarebbe

stato imputabile ad un dipendente del Consorzio, e comunque la non incidenza dei precedenti penali riscontrati sull'affidabilità morale del Consorzio e delle imprese.

Con provvedimento del 7 agosto 2008 (ricevuto il giorno 11) ITEA ha notificato al Consorzio l'annullamento dell'aggiudicazione, l'incameramento della cauzione provvisoria, l'esclusione dalle gare in corso e l'interdizione dalle gare da indirsi da essa per un periodo di tre mesi. Con note notificate in data 11 (13 e 25) agosto 2008 analoghe comunicazioni sono state inviate alle tre imprese ricorrenti. L'avviso che si sarebbe proceduto anche alla segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici era peraltro contenuto nella sola nota inviata al Consorzio e non in quelle trasmesse alle tre imprese. La relativa segnalazione all'Autorità è stata effettuata da ITEA in data 8 agosto 2008 quanto al Consorzio e il 10 novembre successivo per le tre imprese consorziate, che ne sono state informate con le lettere datate 11 novembre 2008 (e ricevute il giorno 14).

3. Con ricorso notificato in data 18 dicembre 2008 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 19, le tre società costituenti il Consorzio hanno impugnato le menzionate note di segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e le conseguenti annotazioni iscritte nel casellario informatico delle imprese, oltre ai provvedimenti connessi, chiedendone l'annullamento e deducendo i seguenti motivi di censura:

I - “eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, irragionevolezza, travisamento dei fatti e difetto di presupposti - violazione di legge: mancata e/o erronea applicazione della lex specialis nonché delle disposizioni di cui all’art. 36 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, all’art. 97 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554, e all’art. 20 del D.P.R. 25.1.2000, n. 34”, in quanto la segnalazione all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici avrebbe dovuto riguardare solo il Consorzio stabile e non le singole imprese consorziate;

II - “in via subordinata violazione di legge, mancata e/o erronea applicazione della lex specialis, nonché delle disposizioni di cui agli artt. 48 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, e 41 della L.p. 10.9.1993, n. 26 - eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, ingiustizia ed irrazionalità manifeste”, perché la contestata sanzione dovrebbe trovare applicazione solamente in caso di mendace dichiarazione circa il possesso dei requisiti sulla capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa e non per quelli di ordine generale elencati nell’art. 38 del Codice dei contratti pubblici;

III - “in via ulteriormente subordinata violazione degli artt. 3, 24, 27, 41, 97, 102 e 113 della Costituzione - eccezione di illegittimità costituzionale delle norme di cui agli artt. 35, comma 1, lettera k), e 41 della L.p. 10.9.1993, n. 26, 38, comma 1, lettera h), e 48 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, per violazione degli artt. 3, 24, 27, 41, 97, 102 e

113 della Costituzione”.

4. Con il ricorso è stata presentata istanza di risarcimento del danno, innanzitutto in forma specifica mediante il richiesto annullamento dei provvedimenti impugnati, e quindi sotto il profilo della perdita di chance occupazionali, del mancato utile rispetto a commesse non acquisite e per l'immobilizzazione di risorse umane e di mezzi tecnici nel periodo di sospensione dalla partecipazione a gare pubbliche.

Le ricorrenti hanno altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati, anche ai sensi dell'articolo 21, nono comma, della legge 6.12.1971, n. 1034.

5. Con decreto del Presidente del Tribunale n. 131 di data 20 dicembre 2008 l'istanza di misura cautelare provvisoria è stata respinta.

6. ITEA si è tempestivamente costituita in giudizio, sollevando eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso e chiedendone argomentatamente la reiezione nel merito perché infondato.

7. Nei termini di rito si sono costituite in giudizio anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, anch'esse opponendo eccezioni in rito e concludendo per la reiezione del ricorso.

8. Con ordinanza n. 5/2009, adottata nella camera di consiglio del 15 gennaio 2009, la domanda cautelare è stata respinta.

9. La citata ordinanza è stata impugnata innanzi al Consiglio di Stato

il quale, con l'ordinanza n. 1970 adottata nella camera di consiglio del 21 aprile 2009, ha accolto l'appello ai soli fini della fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 3, della legge 6.12.1971, n. 1034, ritenendo che fossero meritevoli di attenzione le questioni di "compatibilità costituzionale e comunitaria dell'art. 38, comma 1, lett. h), del Codice, alla luce dell'art. 45, par. 2, lett. g), della direttiva 2004/18/CE, nella parte in cui introduce un automatismo che prescinde da ogni valutazione circa esimenti soggettive o assenza di gravità o lesività del falso".

10. Con atto notificato in data 28 - 29 maggio 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il giorno 29 maggio sono intervenute nel processo due Società che, in altro giudizio pendente presso questo Tribunale, hanno impugnato l'aggiudicazione definitiva - disposta nei confronti delle imprese ricorrenti - di una gara espletata da un'altra Amministrazione, sottolineando che, in caso di reiezione del presente ricorso, esse risulterebbero vincitrici della diversa gara di cui al suddetto giudizio pendente.

11. In vista dell'udienza le parti costituite hanno depositato ulteriore documentazione e presentato memorie conclusionali.

12. Alla pubblica udienza del 9 luglio 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Costruzioni F.lli Azzolini S.r.l., Costruzioni Altogarda S.r.l. e Nord Restauri S.r.l. hanno partecipato ad una gara per l'affidamento di

lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria indetta dall'Istituto Trentino per l'Edilizia Abitativa S.p.A. (ITEA) in qualità di Consorzio Costruttori Altogarda, il quale è risultato il miglior offerente. A seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, dopo le verifiche di rito dalle quali era emersa l'esistenza di precedenti penali non menzionati nelle dichiarazioni precedentemente sottoscritte sia dal legale rappresentante del Consorzio che da quelli delle tre imprese consorziate, la stazione appaltante ha comunicato il fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici dapprima con riferimento al solo Consorzio (cfr., nota di data 8 agosto 2008), e successivamente anche per le tre imprese consorziate (cfr., note di data 10 novembre 2008). Con il presente ricorso queste ultime hanno contestato sia la legittimità dei provvedimenti di segnalazione nei loro confronti che ITEA ha inviato all'Autorità, che le conseguenti annotazioni iscritte nel casellario informatico, cui è conseguita la preclusione della loro partecipazione alle procedure di evidenza pubblica sull'intero territorio nazionale per un anno a decorrere dalla data di inserimento delle stesse nel casellario.

2a. Preliminarmente, il Collegio deve farsi carico delle eccezioni d'irricevibilità del ricorso in parte qua, nella parte in cui è stato rivolto, sia pure per mero tuziorismo difensivo, nei confronti di atti alla cui impugnazione le ricorrenti avrebbero avuto un interesse immediato e che sarebbero quindi divenuti inoppugnabili nei loro confronti, nonché d'inammissibilità del ricorso in parte qua, posto

che si appunterebbe contro un atto, quale la segnalazione all'Autorità di vigilanza di fatti integranti causa di esclusione da pubbliche gare, non avente natura discrezionale e per di più privo di valenza provvedimento, essendo meramente consequenziale al provvedimento di esclusione. Analogo rilievo è stato opposto anche dall'Avvocatura dello Stato in difesa dell'operato dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Su tali eccezioni, il Collegio rileva che la difesa delle Società istanti ha espressamente riconosciuto di non aver impugnato in sede giurisdizionale né il provvedimento di esclusione dalla gara né la contestuale segnalazione del Consorzio all'Autorità di vigilanza. Sarebbe stata, peraltro, la successiva segnalazione alla stessa Autorità dell'esistenza di inveritiere dichiarazioni da parte delle istanti, cui è conseguita la preclusione a partecipare a pubbliche gare d'appalto per la durata di un anno, che avrebbe fatto sorgere l'interesse all'impugnativa di detti provvedimenti.

A fronte di siffatte, contrapposte argomentazioni è avviso del Tribunale che, indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara, ormai inoppugnato alla data della proposizione del presente atto introduttivo, l'interesse ad agire, che legittima l'impugnazione autonoma, si configuri anche nei soli confronti dei provvedimenti di segnalazione all'Autorità, da riconoscersi come fonte di distinti effetti lesivi, da essi soltanto scaturendo il divieto di partecipazione per un anno alle gare

pubbliche (cfr., in termini, T.A.R. Veneto, sez. I, 13.3.2009, m. 608).

2b. L'Avvocatura dello Stato, sottolineando la natura vincolata dei provvedimenti adottati dall'Autorità di vigilanza, ha peraltro chiesto che la sua posizione processuale sia tenuta distinta da quella della stazione appaltante, non potendosi ad essa far risalire vizi se del caso inerenti sia ai provvedimenti di annullamento che di segnalazione; rispetto a questi ultimi, in particolare, l'Autorità avrebbe il solo dovere di inserire la notizia nel casellario informatico.

Detta conclusione, che pur muove da una corretta premessa, non è condivisa dal Collegio.

Se è pacifico, infatti, che, ricevuta la segnalazione, l'Autorità non abbia alcun potere di valutare autonomamente il provvedimento di esclusione, non è invece revocabile in dubbio che essa disponga del diverso ed autonomo potere - dovere di valutare nel suo contenuto la segnalazione ricevuta. Prima di procedere all'annotazione nel casellario informatico essa deve, invero, espletare un'istruttoria diretta non soltanto a controllare la possibile "inesistenza in punto di fatto dei presupposti o l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante", come riconosciuto da tempo dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., T.A.R. Lazio, sez. III, 12.8.2003, n. 7052), ma anche verificare se la comunicazione rientri fra quelle per le quali è prevista l'annotazione e se essa vada eseguita nei confronti di tutti i soggetti interessati. Il che, del resto, è puntualmente avvenuto nel caso in questione, posto che è stata

l'Autorità, con la nota del 31 ottobre 2008, a chiedere alla stazione appaltante di chiarire nei confronti di quali soggetti fosse stata disposta l'esclusione e di trasmettere le ulteriori, eventuali segnalazioni.

Tale potere - dovere dell'Autorità trova esplicita conferma nel quadro normativo all'interno del quale essa è chiamata ad operare, ove si consideri che può richiedere alle stazioni appaltanti "documenti, informazioni e chiarimenti" e irrogare sanzioni amministrative pecuniarie ai soggetti che rifiutino od omettano di "fornire le informazioni o di esibire i documenti ... o se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri", di cui ai commi 9, 10 e 11 dell'art. 6 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; che anche nei confronti dell'operatore economico escluso dalla gara per aver fornito dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione essa può instaurare un procedimento in contraddittorio al termine del quale irrogare, se del caso, la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 6, comma 11, del Codice dei contratti; che l'Autorità opera nell'esercizio dell'"indipendenza di giudizio e di valutazione e di autonomia organizzativa" riconosciuta dal comma 4 dello stesso art. 6.

Su tale fondamento normativo l'attività svolta dall'Autorità nei confronti delle segnalazioni ricevute, ivi compresa la decisione della successiva loro annotazione nel casellario, non può essere qualificata come meramente esecutiva, in essa profilandosi l'autonomia di un

giudizio cui si correlano conseguenti statuizioni, che incidono direttamente sulla posizione delle imprese incorse negli illeciti loro anteriormente ascritti.

2c. Definite nei suddetti termini le sollevate eccezioni, il Collegio può passare all'esame del merito del ricorso.

3a. Con il primo motivo le ricorrenti sostengono che, poiché l'annullamento dell'aggiudicazione e l'esclusione dalla gara erano stati disposti nel mese di agosto 2008 esclusivamente nei confronti del Consorzio, il nominativo del quale era stato contestualmente segnalato all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, arbitraria sarebbe stata l'identica segnalazione inviata a quest'ultima nel mese di novembre riferita alle tre società consorziate. Esse rappresentano, al riguardo, che l'invio della prima segnalazione riguardante il solo Consorzio avrebbe in loro ingenerato il convincimento che alcuna altra segnalazione sarebbe stata inviata a loro carico; che soltanto per tale ragione sarebbe maturata la decisione di non proporre ricorso giurisdizionale contro la prima serie di provvedimenti rivolti avverso il Consorzio, il che avrebbe assunto l'univoco significato che ogni conseguente sanzione sarebbe stata irrogata nei confronti di quest'ultimo, immutata restando per loro la possibilità di partecipare ad ogni futura gara pubblica che fosse stata indetta; che, pertanto, il loro interesse ad impugnare la sanzione dell'annotazione nel casellario si sarebbe costituito esclusivamente a seguito dell'invio della segnalazione da parte di ITEA anche nei loro confronti; che la

stessa sarebbe stata, tuttavia, adottata in assenza dei presupposti necessari, nonché in aperto contrasto con il contegno fino a quel momento tenuto dalla stazione appaltante.

3b. In proposito, occorre preliminarmente osservare che alla gara de quo ha chiesto di partecipare il Consorzio stabile Costruttori Altogarda, indicando quali imprese esecutrici le tre società odierne ricorrenti con esso consorziate.

L'istituto del consorzio stabile è disciplinato dall'art. 36 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (e all'art. 36, comma 1, lettera c), della L.p. 10 settembre 1993, n. 26), che prevede che non meno di tre consorziati possano stabilire di operare in modo congiunto per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, "istituendo a tal fine una comune struttura di impresa". Il comma 5 della norma in esame prescrive poi che il consorzio stabile sia tenuto ad indicare in sede di offerta per quali imprese concorra ed a queste è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi forma, alla medesima gara. Infine, il comma 7 sancisce che "il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate". Per i consorzi stabili, come rilevato nella parte in fatto, il bando di gara, sia al punto 3 che alla lettera e) del punto 5.2, aveva previsto che i requisiti di ordine generale dovessero essere posseduti anche dalle imprese consorziate esecutrici dei lavori e che ciascuna impresa dovesse rendere, a pena di esclusione, le richieste dichiarazioni.

Detta statuizione del bando trova il proprio fondamento nel fatto

che il consorzio stabile che partecipa in proprio ad una gara è diretta espressione delle imprese che l'hanno costituito, dalle quali trae la qualificazione, formale e sostanziale, e la stessa struttura aziendale. In tal senso, nel caso de quo, pur avendo il Consorzio presentato la propria autonoma offerta, si è a tal fine necessariamente avvalso della qualificazione delle proprie imprese consorziate, dichiarando che esse avrebbero dato corso ai lavori. Il che significava che, pur persistendo la rispettiva soggettività giuridica ed autonomia imprenditoriale, esse sarebbero state chiamate, nell'ipotesi di un'aggiudicazione a favore del Consorzio, a prestare la loro attività in forma congiunta e con ripartizione dell'attività loro commessa secondo criteri dalle stesse liberamente stabiliti.

Negli stessi termini, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto occasione di precisare, in generale, che “la comune struttura d'impresa e la finalità di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici implicano legami fra le imprese e il consorzio che, sebbene tanto il consorzio stabile quanto le imprese consorziate conservino la loro autonoma soggettività giuridica, sono più stretti di ogni altra forma di collegamento già raffigurata dalla legge (ex art. 2359 c.c.) e giustifica ampiamente l'estensione del divieto di partecipazione congiunta ad una medesima gara in tutte le diverse figure che il complesso delle norme in esame ha voluto delineare. Concorrono a rafforzare tale interpretazione altre disposizioni, concernenti la partecipazione dei consorzi stabili alle gare pubbliche,

che pongono in rilievo la stretta connessione, al di là del già rilevato profilo strutturale, intercorrente fra essi e le imprese consorziate. Tali sono le disposizioni che legittimano il consorzio stabile a partecipare alle predette gare facendo leva sui requisiti posseduti dalle singole imprese consorziate - quelle secondo cui tutte le imprese consorziate, e non solo, quindi, quelle indicate come esecutrici dei lavori, debbano essere in possesso dell'attestazione di qualificazione SOA necessaria per l'appalto; quella che dà la facoltà di sommare le cifre di affari di tutte le imprese per raggiungere il plafond richiesto come requisito di partecipazione —” (cfr., C.d.S., sez. V, 24.3.2006, n. 1529). Il Consiglio di Stato ha anche affermato che “il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico, quello economico, nonché della moralità, va verificato non solo in capo al consorzio, ma anche alle singole imprese quali esecutrici del servizio. La possibilità che il consorzio nella forma della società di capitali rappresenti un centro autonomo di responsabilità e di imputazioni delle attività svolte ... non implica che la stessa unitarietà debba valere nei casi in cui il consorzio non venga in rilievo quale centro autonomo di imputazione, ma per la qualità dei soggetti che vi partecipano” (cfr., C.d.S., sez. IV, 27.6.2007, n. 3765 e sez. V, 5.9.2005, n. 4477).

3c. Nel caso in esame, la Stazione appaltante aveva riscontrato, a seguito delle verifiche svolte, l'incompletezza delle dichiarazioni

sostitutive di certificazioni rese sia dal legale rappresentante del Consorzio (sig. Marino Azzolini), che da quelli delle tre imprese consorziate (ancora il sig. Marino Azzolini per Costruzioni F.lli Azzolini, sig. Mario Azzolini per Nord Restauri e sig. Bruno Azzolini per Costruzioni Altogarda). Di conseguenza, è pacifico che, se l'annullamento dell'aggiudicazione ha formalmente riguardato solo il Consorzio, di ciò debitamente informato con raccomandata del 7.8.2008, n. 8211, la sanzione dell'esclusione dalle gare in corso e da quelle indette dalla Stazione appaltante per un periodo di tre mesi non poteva che estendersi congiuntamente al ridetto Consorzio e alle tre imprese ricorrenti, egualmente rese edotte dell'incompletezza delle rispettive dichiarazioni con raccomandate di data 11.8.2008, n. 8355, n. 8356 e n. 8357.

In questa fase del procedimento di secondo grado l'ulteriore avviso che si sarebbe proceduto alla segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza era, tuttavia, stato precisato nella sola nota inviata al Consorzio e non in quelle trasmesse negli stessi giorni alle tre imprese. Nella raccomandata inviata all'Autorità in data 8 agosto 2008 l'apposita modulistica faceva riferimento al solo Consorzio, ma nella nota di accompagnamento si soggiungeva che "anche tutte le imprese consorziate hanno reso autodichiarazioni il cui contenuto non è stato confermato dalle successive verifiche espletate"; è stato dunque soltanto in dipendenza del successivo chiarimento richiesto dall'Autorità che la stazione appaltante ha trasmesso la segnalazione

anche per le tre imprese consorziate il successivo 10.11.2008, con distinte raccomandate n. 11898, n. 11899 e n. 11900, dandone contestualmente informazione anche alle interessate con raccomandate di data 11.11.2008, n. 11993, n. 11994 e n. 11995.

3d. Alla stregua delle suesposte circostanze di fatto, il Collegio deve dunque concordare con il rilievo formulato dalle deducenti che, nell'intervallo temporale tra agosto e novembre, possa essersi effettivamente costituito in capo alle stesse il convincimento che la sanzione per le infedeli dichiarazioni sarebbe stata comminata esclusivamente nei confronti del Consorzio; altrettanto palese è, tuttavia, che tale circostanza non può che restare del tutto priva di giuridico significato, non integrando alcuna esimente in ordine al comportamento loro puntualmente contestato, rispetto al quale l'adozione del formale provvedimento di esclusione dalla gara ha integrato un tratto di attività amministrativa che esse non hanno ritenuto di impugnare. Per altro verso, la successiva sanzione irrogata dall'Autorità altro non esprime se non la retribuzione per l'omissione perpetrata dai singoli rappresentanti legali delle società consorziate rendendo le ridette dichiarazioni non veritiere al solo fine di partecipare alla gara e di non esserne ex ante esclusi sulla scorta dei precedenti penali che fossero stati immediatamente dichiarati. Il ritardo frapposto nell'invio delle impuginate segnalazioni non incide conseguentemente sotto alcun profilo sulla loro legittimità, fermo restando il presupposto che le ha giustificate.

Il primo motivo deve essere dunque per ciò solo disatteso.

4a. Con la successiva censura le ricorrenti denunciano la violazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006 in relazione al precedente art. 38, affermando che la sanzione conseguente alla contestata segnalazione avrebbe dovuto trovare applicazione solamente in caso di mendace dichiarazione circa il possesso dei requisiti sulla capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa e non per quelli di ordine generale elencati nel richiamato art. 38; dal che conseguirebbe che, essendo il requisito non posseduto dalle ricorrenti di ordine generale, non avrebbe potuto trovare applicazione il citato art. 48 e quindi l'irrogata sanzione.

Anche questo motivo è, peraltro, infondato.

4b. Il bando di gara aveva per oggetto un contratto di lavori per un importo complessivo triennale di € 5.274.000,00 e si collocava quindi al di sotto della soglia comunitaria vigente nell'anno 2007. In base al combinato disposto degli artt. 28 e 121 del Codice dei contratti e della legge della Provincia autonoma di Trento 10.9.1993, n. 26, l'aggiudicazione della gara trova la sua principale disciplina nella predetta L.p., che all'art. 1 ne ha espressamente previsto l'applicazione "ai lavori pubblici realizzati su beni di proprietà della Provincia e dei suoi enti strumentali ... per la realizzazione di lavori d'importo inferiore alla soglia comunitaria". L'art. 41, comma 1, della stessa L.p. dispone, poi, che "il possesso dei requisiti di partecipazione richiesti" debba essere verificato direttamente

dall'amministrazione aggiudicatrice, nei confronti dell'aggiudicatario, prima della stipulazione del contratto, mentre il comma 2 prescrive che, ove l'Amministrazione rilevi il mancato possesso "dei requisiti di partecipazione", debba annullare l'aggiudicazione, nonché escludere il concorrente dalla partecipazione alle gare di appalto in corso, oltre che da quelle da indirsi per un periodo compreso da tre a sei mesi, con finale segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza. Ne consegue che, non operando la norma alcuna distinzione tra i requisiti di ordine generale e quelli di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa, la segnalazione del fatto all'Autorità debba essere effettuata in ogni caso.

5a. Con l'ultimo motivo di ricorso le istanti hanno denunciato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35, comma 1, lettera k), e 41 della L.p. 10.9.1993, n. 26, 38, comma 1, lettera h), e 48 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, per violazione degli artt. 3, 24, 27, 41, 97, 102 e 113 della Costituzione.

5b. Con la memoria notificata in data 19 maggio 2009 e depositata il successivo 22 maggio è stata anche prospettata l'illegittimità delle stesse norme per contrasto con le direttive n. 2004/17 CE e n. 2004/18 CE.

Sul punto occorre disattendere l'eccezione d'irricevibilità illustrata dalla difesa di ITEA sul rilievo che si tratterebbe di censure completamente nuove e che avrebbero ben potuto essere tempestivamente dedotte congiuntamente a quelle originarie:

costituisce, infatti, insegnamento recetto che la verifica della conformità del diritto interno al diritto comunitario possa essere eseguita dal giudice anche d'ufficio (cfr., in termini, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 14.7.1993, n. 532 e 16.6.1994, n. 602; C.d.S., sez. IV, 18.1.1996, n. 54; T.A.R. Ancona, 14.5.1998, n. 614; T.A.R. Venezia, sez. I, 18.1.2003, n. 512); e ciò del tutto analogamente a quanto ricorre per le questioni di legittimità costituzionale delle leggi nazionali.

5c. Sul quest'ultimo piano le argomentazioni illustrate dalle ricorrenti si appuntano sul contestato automatismo intercorrente tra l'accertamento della presunta falsità e l'iscrizione del fatto nel casellario, che precluderebbe ogni diversa e, se del caso, più mite sanzione rispetto a quella edittale e che si profilerebbe come limitativa della libertà di iniziativa economica privata. Rafforzerebbe la vista prospettazione il fatto che il procedimento sanzionatorio si svolgerebbe inaudita altera parte e in mancanza di un accertamento definitivo in sede giurisdizionale della falsità, il che contrasterebbe con il diritto di difesa e di tutela in sede giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

A parere del Tribunale le sollevate questioni di legittimità costituzionale sono manifestamente infondate.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha già da tempo riconosciuto che rientra nella discrezionalità del legislatore tanto l'individuazione delle condotte punibili che la scelta e la

quantificazione delle relative sanzioni amministrative, alle quali si apparenza quella in esame e, in considerazione delle diverse finalità di interesse pubblico perseguite, anche la scelta della loro applicazione automatica a seguito della constatata violazione senza alcuna necessità di una specifica indagine sull'elemento psicologico e sulla personalità del soggetto agente. In coerenza con la ricognizione di tale discrezionalità legislativa l'esercizio del relativo potere resta sindacabile, del tutto analogamente a quanto ricorre per quella amministrativa, soltanto ove appaia manifestamente arbitrario, confliggendo con il canone della ragionevolezza (cfr., in termini, ordinanza 14.7.2006, n. 292). E' stato, altresì, più volte affermato che l'immediata applicazione di una sanzione amministrativa non integra di per sé una violazione del diritto di difesa, poiché non incide sulla possibilità per il cittadino di contestarne successivamente la fondatezza.

5d. Per replicare, poi, al rilievo che l'applicazione strettamente vincolata della sospensione per un anno dalla partecipazione alle gare pubbliche violerebbe i principi costituzionali volti ad assicurare la libertà di iniziativa economico - privata, nonché il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione, occorre far egualmente riferimento all'insegnamento della Corte costituzionale, alla stregua del quale il giudice deve farsi primariamente carico di "esplorare una soluzione adeguatrice conforme a Costituzione".

In fedele conformità al suddetto insegnamento va rilevato che l'art.

35 della L.p. n. 26 del 1993, nel testo vigente *ratione temporis*, e l'art. 38 del Codice dei contratti, richiamati entrambi dalla *lex specialis* quanto ai contenuti delle dichiarazioni da rendere per attestare l'inesistenza di cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di pubblici appalti, trovano la loro fonte nell'art. 45 della direttiva 2004/18 CE, che stabilisce quali siano i presupposti da considerare per la verifica dell'affidabilità dell'eventuale futuro contraente della pubblica amministrazione. In particolare, la lettera g) del comma 2 dell'art. 45 prevede che possa essere escluso dalla partecipazione all'appalto l'operatore economico "che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste". La questione che per questo peculiare aspetto si profila trova dunque fondamento nel fatto che la normativa provinciale e statale richiamata dalla *lex specialis* parrebbe non aver fedelmente recepito il canone della "grave colpevolezza", sul cui esclusivo fondamento potrebbe addivenirsi all'esclusione dalle gare.

A tale riguardo il Collegio non ignora che la più avvertita dottrina non ha mancato di rilevare in proposito che la descritta normativa nazionale non sarebbe conforme ai principi comunitari della più ampia partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici e che dovrebbe conseguentemente considerarsi di stretta applicazione e interpretazione.

Tale conclusione, che si condivide nella premessa da cui si diparte,

non pare, tuttavia, condivisibile nella sua conclusione, ove si consideri che a tale stregua persisterebbero in giuridica vita ipotesi residuali, nelle quali troverebbero applicazione norme non conformi a quelle immediatamente vincolanti per l'intero spettro dei presupposti stabiliti per l'accesso alle gare da parte delle imprese operanti nel mercato unico.

Per pervenire ad una lettura pienamente rispettosa della richiamata direttiva occorre dunque far riferimento alla ratio perseguita in via generale dall'art. 45 e, per quanto qui interessa, dalla lettera g) del suo comma 2, che è quella di garantire che le stazioni appaltanti intreccino rapporti solo con soggetti affidabili dal punto di vista della moralità; ne consegue necessariamente che non a qualsivoglia dichiarazione non veritiera potrà associarsi un effetto rigidamente preclusivo, dovendo essere evitata ogni arbitraria vulnerazione del generalissimo principio di libera concorrenza, la cui applicazione si traduce positivamente sia nell'ampliamento della partecipazione alle pubbliche gare per le imprese presenti, sia nel favorire la Pubblica amministrazione nel valutare le offerte inoltrate senza che ciò le sia impedito dalla presenza di dichiarazioni incomplete, che peraltro non incidano oggettivamente sull'affidabilità della singola impresa (cfr., in termini, T.R.G.A. Trento, 23.9.2008, n. 231).

Né contrasta con la suesposta conclusione l'assenza del termine "gravemente colpevole" nel testuale disposto della predetta normativa locale e nazionale ("gravità" che è invece prevista per la

valutazione sia dell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante sia dell'esercizio dell'attività professionale); a questa lettura dell'ordinamento interno di settore conduce, infatti, ad avviso del Collegio, il richiamato canone teleologico, sulla base del quale deve essere conseguentemente esclusa ogni interpretazione che interdicca la partecipazione alle gare da parte di imprese la cui affidabilità non sia incisa da vicende del tipo considerato, quale meditata conclusione dell'apprezzamento da compiersi dalla Stazione appaltante; il che potrà e dovrà intervenire con l'applicazione del principio di proporzionalità, da reputarsi vincolante anche nella specie in base all'art. 2, comma 1, del predetto D.Lgs. n. 163 del 2006 sia per gli appalti sopra che sotto la soglia comunitaria.

Dovendosi conseguentemente affermare che la ricognizione dell'affidabilità dell'impresa resta nel dominio della stazione appaltante, la circostanza che la norma non indichi alcun parametro per determinarla introduce dunque un concetto giuridico a contenuto indeterminato, il che non può che significare che le dichiarazioni circa i requisiti posseduti presentate dalle partecipanti alle pubbliche gare debbono essere comunque sottoposte a prudente e meditato vaglio, se del caso anche sul fondamento di un'istruttoria al riguardo da parte della stazione appaltante. L'Amministrazione dovrà dunque essere invitata a produrre "documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento", e il concorrente a "fornire chiarimenti in ordine al

contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”, stante l'applicazione alle procedure di scelta del contraente dell'art. 18, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241. E ciò non solo per effetto del richiamo generalizzato alle disposizioni contenute nella legge n. 241 del 1990 operato nell'art. 2, comma 3, del Codice dei contratti, ma anche per l'espresso rinvio di cui all'art. 74, comma 7, del medesimo Codice. In ogni caso, a parere del Collegio, trova vincolante applicazione l'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, per effetto del quale l'Amministrazione procedente non può escludere dalla selezione la concorrente che abbia reso una dichiarazione incompleta, onerando la stazione appaltante dell'obbligo di invitarla all'integrazione documentale ovvero a fornire chiarimenti su aspetti dubbi che potrebbero comportarne l'esclusione dalla selezione e ciò quale diretta proiezione del ricordato principio comunitario della massima partecipazione alle gare pubbliche. In senso conforme dispone anche l'art. 35, comma 4, della novellata L.p. n. 26 del 1993, nel testo peraltro non applicabile al caso de quo, il quale prevede che l'Amministrazione possa invitare i concorrenti “a integrare o a chiarire le dichiarazioni o i documenti presentati”.

Alla luce della suesposta lettura dell'art. 45 della direttiva n. 18 del 2004 dell'Unione europea - la mancata dichiarazione di un precedente penale da parte del rappresentante legale di una ditta concorrente non potrà dunque incidere sic et simpliciter sul requisito della "moralità professionale" in difetto della prescritta gravità, e la

relativa omissione dovrà costituire un obbligo in capo alla stazione appaltante di dar corso al contraddittorio con l'interessata e non già di disporre la sua immediata esclusione dalla selezione ovvero la non aggiudicazione definitiva in suo favore (cfr., T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, 20.4.2009, n. 3984) - il coerente corollario che ne discende è dunque che anche la lettura delle ridette norme nazionali e provinciali dovrà intervenire in un significato adesivo a quello stabilito dalle direttive comunitarie: il che, in altre parole, in altro non si traduce se non nell'inserzione automatica ed obbligatoria della norma comunitaria su quelle dell'ordinamento interno.

5e. Nella specie, a tale obbligo non si è peraltro sottratta ITEA che, con le note del 5 giugno 2008 (prot. n. 5733, 5734, 5735 e 5736), ha chiesto al consorzio ed alle tre società ricorrenti di esprimere le loro osservazioni sia in merito alla non corrispondenza tra il risultato delle verifiche espletate e quanto dichiarato sia sui precedenti riscontrati in capo ai nominati amministratori, in carica o cessati.

Il contraddittorio ha dunque avuto luogo, posto che nella risposta del 24 giugno 2008 i legali rappresentanti del Consorzio e delle società istanti da un lato hanno allegato la natura scusabile dell'errore, da imputarsi ad una mera disattenzione di un dipendente del Consorzio, riconoscendo peraltro, al contempo, che "una attenta lettura del bando di gara, pur nella sua complessità, avrebbe consentito di evitare l'errore in cui la scrivente società è incorsa"; da altro lato, hanno sottolineato nel merito della constatata infrazione la

“sostanziale irrilevanza” dei precedenti penali in questione sulla loro affidabilità.

All’esito del contraddittorio ITEA è, tuttavia, pervenuta ad opposta conclusione. Esclusa, infatti, la scusabilità dell’errore a fronte della chiarezza delle norme del bando, essa ha ritenuto che i suddetti precedenti penali non dichiarati incidessero sulla moralità professionale del consorzio e delle tre imprese che ne rappresentano le componenti.

Negli ultimi anni constavano, infatti, i seguenti reati: violazione delle norme in materia di occupazione e mercato del lavoro, commessa nel 2004 (a carico di Ettore Azzolini, direttore tecnico di Costruzioni F.lli Azzolini ed ex legale rappresentante della stessa Società e del Consorzio); violazione delle norme di attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio in concorso, commessa nel 2004 (a carico di Ettore Azzolini e di Enzo Righi, ex direttore tecnico di Costruzioni Altogarda); violazione delle norme sul lavoro dei minori, commessa negli anni 2002 - 2003 (a carico di Bruno Azzolini, legale rappresentante di Costruzioni Altogarda, ex legale rappresentante di Costruzioni F.lli Azzolini ed ex direttore tecnico di Costruzioni Altogarda); violazione delle norme sul diritto d’autore, commessa nel 2004 (a carico di Ettore Azzolini e di Luca Azzolini, direttore tecnico di Costruzioni F.lli Azzolini ed ex direttore tecnico e legale rappresentate della stessa società e di

Costruzioni Altogarda). Con riferimento ai precedenti più risalenti nel tempo erano, inoltre, emersi precedenti penali per la violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, commessa nel 1994 (a carico di Bruno Azzolini); lesioni personali colpose, commessa nel 1995 (a carico di Bruno Azzolini e di Mario Azzolini, legale rappresentate e direttore tecnico di Nord Restauri).

A questo riguardo, occorre osservare che, se è ben vero che né l'art. 35, comma 1, lettera d), della richiamata legge provinciale, né l'art. 38, comma 1, lettera c), del Codice dei contratti individuano in modo specifico quali siano i “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”, e dunque “i delitti per i quali la condanna in via definitiva determina il venir meno del rapporto di affidamento che deve sorreggere il contratto con l'impresa aggiudicataria dei lavori”, la determinazione in concreto di quali condanne lo siano effettivamente non può che essere rimessa alla prudente valutazione dell'Amministrazione, incontestabile restando che quest'ultima debba essere sorretta dal corretto esercizio del principio di proporzionalità, sì “da legittimare il provvedimento di esclusione da una gara in relazione ad una sentenza di condanna passata in giudicato per delitto che incide sul rapporto fiduciario da instaurare con la P.A.” (cfr., C.d.S., sez. V, 19.6.2009, n. 4031).

E' stato dunque sul fondamento dell'esistenza dei suindicati precedenti penali non dichiarati che ITEA S.p.A. ha maturato la

conclusione di non ritenere sussistente l'affidabilità delle Società dichiaranti quali futuri contraenti del contratto d'appalto, disattendendo le loro argomentazioni in ordine alla natura innocua delle inveritiere dichiarazioni e all'affidamento da loro riposto sul fatto che la sanzione sarebbe stata irrogata esclusivamente nei confronti del Consorzio. E che l'affidabilità, quale concetto giuridico a contenuto indeterminato, non si configurasse nella specie è accreditato dal fatto che le dette omissioni, ove non tempestivamente acclerate dalla stazione appaltante, si sarebbero tradotte nello strumento "idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare il dipanarsi della procedura competitiva" (cfr., C.d.S., sez. V, 13.2.2009, n. 829).

Ne consegue dunque la manifesta infondatezza delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, nonché di quelle di legittimità comunitaria, tenuto conto della lettura adeguatrice data dalla stazione appaltante alle norme statali e provinciali contestate in giudizio.

6. In conclusione il ricorso deve essere respinto congiuntamente alla domanda di risarcimento del danno avanzata.

Le spese di lite, in applicazione della regola della soccombenza, devono porsi a carico delle parti ricorrenti. Condanna conseguentemente le società Costruzioni F.lli Azzolini, Costruzioni Altogarda e Nord Restauri a corrispondere in solido la somma di € 5.600,00 (cinquemilaseicento) (di cui € 5.000,00 per onorari ed € 600,00 per diritti), oltre a I.V.A., C.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari a titolo di spese generali, a favore di ITEA S.p.A,

nonché quella di € 2.000,00 (duemila) (di cui € 1.500,00 per onorari ed € 500,00 per diritti), oltre ad I.V.A., C.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari a titolo di spese generali, a favore delle società intervenute in giudizio. Compensa le spese nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 291 del 2008, lo respinge.

Condanna le ricorrenti Costruzioni F.lli Azzolini S.r.l., Costruzioni Altogarda S.r.l. e Nord Restauri S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio, liquidate come da motivazione.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 9.7.2009 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO