



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 282 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; Nord Restauri S.r.l., in persona del legale rappresentante sig. Mario Azzolini, e Georicerche S.r.l., in persona del legale rappresentante sig. Luigi Antonio Stella, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria (la prima) e di mandanti (le altre) di costituenda A.T.I., 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

Autostrada del Brennero S.p.A., in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Larentis ed

elettivamente domiciliata presso il suo studio in Trento, Via Grazioli, n. 106

nei confronti di

- Saciss S.r.l., in persona del legale rappresentante sig. Luca Webber, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Stella Richter, Rosanna Serafini e Paolo Toniolatti ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Trento, via Manzoni, n. 16;

- Euro Green S.r.l., in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio

per l'annullamento

- quanto al ricorso principale:

1) della nota prot. n. 22474 di data 8.10.2008, ricevuta in data 9.10.2008, con la quale l'A.T.I. Costruzioni F.lli Azzolini è stata informata da Autostrada del Brennero S.p.A. della definitiva aggiudicazione a favore dell'impresa Saciss S.r.l. della gara indetta per l'affidamento dei "lavori per la demolizione e la ricostruzione del sovrappasso autostradale 'Kinderdorf' alla progressiva km. 43+581";

2) della delibera presidenziale n. 1320 di data 25.9.2008, citata nella nota prot. n. 22474 di data 8.10.2008, con la quale l'impresa Saciss S.r.l. è stata dichiarata aggiudicataria in via definitiva della gara indetta per l'affidamento dei "lavori per la demolizione e la ricostruzione del sovrappasso autostradale 'Kinderdorf' alla progressiva km. 43+581";

3) del verbale n. 32 relativo alla seduta di gara di data 19.8.2008;

- 4) del bando di gara n. 24 di data 7.7.2008, nonché del contratto di appalto nel frattempo stipulato;
- quanto al ricorso per motivi aggiunti:
- 5) della lettera prot. n. DT/152-2008 di data 18.9.2008 e relativo allegato di data 17.9.2008 riferito alla “verifica delle offerte anormalmente basse”;
- 6) della lettera prot. n. 22065 di data 6.10.2008, con la quale Autostrada del Brennero S.p.A. ha comunicato a Saciss S.r.l. l'intervenuta aggiudicazione della gara relativa ai “lavori per la demolizione e la ricostruzione del sovrappasso autostradale ‘*Kinderdorf*’ alla progressiva km. 43+581”;
- 7) di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente e di eventuali atti ulteriori non noti.

Visto il ricorso, nonché i suddetti motivi aggiunti, con i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Saciss S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2009 il consigliere Alma Chietini e uditi per le parti i difensori Antonio Tita, su delega di Lorenzo Anelli, per le ricorrenti e Franco Larentis per

l'Amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Con il bando di gara 24/2008 - CIG 01815782E7, di data 7.7.2008, Autostrada del Brennero S.p.A. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei "lavori per la demolizione e la ricostruzione del sovrappasso autostradale '*Kinderdorf*' alla progressiva km. 43+581" in Provincia di Bolzano, per un importo complessivo a base d'asta di € 3.341.534,54 (importo comprensivo degli oneri per la sicurezza pari a € 182.770,57, non soggetti a ribasso). Per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio del prezzo più basso, con un unico ribasso percentuale sull'elenco dei prezzi posto a base di gara. Alla procedura sono state ammesse a partecipare cinque concorrenti.

Nel verbale della Commissione di gara n. 32/2008 di data 19.8.2008 si legge che l'offerta delle ricorrenti in A.T.I. Costruzioni F.lli Azzolini S.r.l., Costruzioni Altogarda S.r.l., Nord Restauri S.r.l. e Georicerche S.r.l. si è collocata al secondo posto nella graduatoria, offrendo un ribasso del 17,28 per cento, dopo l'offerta di Saciss S.r.l. la quale ha offerto il ribasso più elevato del 21,734 per cento. Ai sensi degli artt. 86, 87 e 88 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, entrambe le offerte sono risultate anormalmente basse. Dopo l'aggiudicazione provvisoria disposta dal Presidente di gara a favore della controinteressata, è stata quindi demandata alla direzione tecnica

della Stazione appaltante la verifica della congruità dell'offerta. L'istruttoria si è conclusa con la dichiarazione che "l'offerta dell'impresa Saciss S.r.l. ... risulta nel suo complesso affidabile" di cui alla nota del Responsabile del procedimento datata 17.9.2008. Pertanto, con delibera presidenziale n. 1320 del 25.9.2008, l'appalto è stato definitivamente aggiudicato alla società controinteressata.

2. Con ricorso notificato in data 2 dicembre 2008 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 10, le quattro società sopra indicate, in proprio e in qualità di costituenda A.T.I., hanno impugnato il menzionato provvedimento di aggiudicazione, oltre ai provvedimenti connessi indicati in epigrafe dal n. 1) al n. 4), chiedendone l'annullamento e deducendo i seguenti motivi di censura:

I - "violazione di legge: mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis*, in particolare del paragrafo VI.3 del bando di gara, nonché degli elaborati progettuali denominati <analisi prezzi> e <incidenza mano d'opera> a firma dell'ing. Carlo Costa – mancata o erronea applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 86 - 88 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 - eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, contraddittorietà ed irrazionalità manifeste". Con il riportato mezzo le istanti contestano sia la congruità dell'offerta complessiva presentata da Saciss S.r.l. con riferimento al costo della manodopera che la completezza dell'istruttoria svolta sul punto dalla Stazione appaltante, che si sarebbe limitata ad accertare il rispetto del

costo orario senza alcun riferimento alla sua incidenza complessiva sul valore dell'offerta;

II - "violazione di legge: mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis*, in particolare dei paragrafi III.2.1) e VI.3) del bando di gara, nonché delle disposizioni di cui all'art. 38 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 - eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, ingiustizia ed irrazionalità manifeste", in quanto non sarebbe stata attestata l'assenza delle condizioni ostative alla partecipazione alla gara nei confronti del signor Giorgio Sbrizzai, già amministratore unico della soc. Euro Green S.r.l, un cui ramo d'azienda era stato ceduto alla controinteressata il 12.12.2006, pochi giorni dopo la sua costituzione avvenuta in data 9.11.2006.

3. Con il ricorso è stata anche presentata istanza di risarcimento del danno in forma specifica mediante l'annullamento dei provvedimenti impugnati con conseguente conferimento dell'appalto alle ricorrenti e, in subordine, per equivalente, sotto il profilo del danno emergente, della perdita di *chance* nelle future contrattazioni ed anche del lucro cessante.

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.

4. Con decreto del Presidente del Tribunale n. 124, di data 12 dicembre 2008, l'istanza di misura cautelare provvisoria è stata accolta.

5. Autostrada del Brennero S.p.A. si è tempestivamente costituita in giudizio, comunicando che, anteriormente all'emissione del provvedimento presidenziale provvisorio, era stato sottoscritto il contratto d'appalto con l'aggiudicataria e che i lavori erano stati sollecitamente iniziati. Nel merito, essa ha chiesto la reiezione del ricorso perché infondato.
6. Nei termini di rito si è costituita in giudizio anche la società controinteressata, anch'essa domandando la reiezione del ricorso.
7. Con ordinanza n. 129, adottata nella camera di consiglio del 18 dicembre 2008, la domanda cautelare è stata respinta, apparendo dubbio il *fumus boni iuris* del ricorso e comunque prevalente l'interesse pubblico alla celere realizzazione del previsto sovrappasso autostradale in località Bressanone.
8. Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 14 - 16 gennaio 2009, depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 21, le ricorrenti hanno impugnato gli atti citati in epigrafe dal n. 5) al n. 7), ulteriormente argomentando in merito al primo motivo.
9. Con l'ordinanza n. 4 di data 8.4.2009, il Presidente del Tribunale ha ordinato adempimenti istruttori a carico del Responsabile del procedimento di gara. La documentazione è pervenuta alla Segreteria del Tribunale in data 17.4.2009.
10. In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno presentato memorie illustrative delle rispettive posizioni.
11. Alla pubblica udienza del 24 settembre 2009 la causa è stata

trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame le società Costruzioni F.lli Azzolini S.r.l., Costruzioni Altogarda S.r.l., Nord Restauri S.r.l. e Georicerche S.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria (la prima) e di mandanti (le altre) di costituenda A.T.I., risultata seconda classificata nella graduatoria delle offerte presentate per l'affidamento dei lavori per la demolizione e la ricostruzione del sovrappasso autostradale "*Kinderdorf*" alla progressiva km. 43+581 in Provincia di Bolzano a seguito di una procedura aperta indetta da Autostrada del Brennero S.p.A., hanno impugnato gli atti di gara menzionati in epigrafe, da un lato affermando che non sarebbe stata verificata la congruità dell'offerta risultata vincitrice e, dall'altro, deducendo l'omessa dichiarazione dell'assenza di carichi pendenti nei confronti di un amministratore di una società terza dalla quale l'aggiudicataria avrebbe acquistato un ramo di azienda.

2a. Con il primo motivo dell'atto introduttivo le ricorrenti, dopo aver contestato la congruità dell'offerta presentata da Saciss S.r.l. con riferimento ai costi esposti per la manodopera, denunciano difetto di istruttoria e di motivazione in capo all'operato della Stazione appaltante la quale, in sede di verifica della congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, si sarebbe limitata ad accertare il rispetto del costo orario della manodopera senza operare alcun riscontro dell'incidenza complessiva del costo della stessa rispetto al

valore totale dell'offerta. Detta incidenza - computata invece dalle istanti e che ammonterebbe a circa il 5 per cento rispetto a quattro rilevanti prestazioni che incidono per più della metà del valore totale dell'offerta, ed al 7,15 per cento rispetto all'intero ammontare dell'appalto - sarebbe di gran lunga inferiore a quella preventivata dal progettista dell'opera. Di conseguenza, l'offerta avrebbe dovuto essere considerata anomala in quanto fondata su di un presupposto del tutto indimostrato.

2b. Il detto motivo è fondato sotto il denunciato profilo del difetto d'istruttoria.

In fatto, va osservato che, in sede di predisposizione della documentazione di gara, la Stazione appaltante aveva calcolato l'incidenza media del costo della manodopera con riferimento sia alla categoria prevalente (OG3 - opere stradali): pari al 28,880 per cento; sia per l'intero lavoro: pari al 28,234 per cento (cfr. documento n. 17 in atti della resistente).

Va poi ricordato che, a seguito dell'analisi delle offerte economiche, sia la proposta della controinteressata che quella delle società ricorrenti sono risultate anormalmente basse. Di conseguenza, la migliore offerta, dopo la dichiarazione di aggiudicazione provvisoria, è stata sottoposta alla procedura di verifica di cui all'art. 88 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, demandando l'adempimento alla Direzione tecnica della società appaltante.

Lo svolgimento dell'istruttoria può agevolmente ricavarsi dalla

relazione che il Responsabile del procedimento ha trasmesso al Direttore tecnico e che questi ha inviato al Dirigente del settore legale in data 18 settembre 2008 (documento n. 5 in atti di parte resistente). Dopo l'esame della documentazione concernente le giustificazioni dei prezzi allegate all'offerta, è stata chiesta alla società Saciss ulteriore documentazione integrativa in relazione ai seguenti argomenti: il costo di alcuni materiali attraverso le offerte dei fornitori; quello di alcune lavorazioni se affidate in subappalto; l'analisi dettagliata delle spese generali e degli oneri connessi agli adempimenti ambientali, quali lo smaltimento dei rifiuti e la gestione delle terre e rocce da scavo. Entro il termine prescritto l'impresa Saciss ha fatto pervenire la documentazione aggiuntiva e quindi il Responsabile del procedimento ha "proceduto alla verifica di tutta la documentazione consegnata in relazione all'offerta presentata".

Sul "costo orario e della manodopera", questione sulla quale non era stata chiesta alcuna integrazione documentale, è stato dapprima accertato che la Saciss aveva presentato "tariffe orarie per la manodopera desunte dalla tabella Confindustria TN n. 261 - cognita giugno 2008". Il documento prosegue poi con la considerazione che, sulla base "di ciò, la documentazione prodotta con riferimento a tale elemento di prezzo può essere ritenuta sufficiente".

Con riferimento alla verifica dell'incidenza della manodopera, il documento prosegue affermando che "si evince che, rispetto all'importo complessivo dei lavori a base d'appalto, l'incidenza della

manodopera è del 28,234%”. Ma la detta conclusione, come ha posto in rilievo la difesa delle ricorrenti, non riguarda affatto l’offerta in esame, enunciando invece l’identica percentuale calcolata dal progettista dell’opera e allegata alla documentazione di gara (cfr. documento n. 17 in atti di parte resistente). All’opposto, l’incidenza del costo complessivo del lavoro nell’offerta della Saciss, come desunto dalla voce “manodopera” contenuta nelle schede delle analisi giustificative dei prezzi depositate con l’offerta economica, è stata calcolata dalle ricorrenti (cfr. documento n. 8) nella percentuale del 7,15 per cento.

Per questo aspetto dell’offerta la controinteressata ha replicato sostenendo che l’effettivo costo del lavoro si dovrebbe calcolare non solo in base allo specifico elemento “manodopera” esposto nelle singole schede del modello dell’analisi giustificativa del prezzo, ma anche con il concorso di altri elementi - quali “mezzi”, “materiali elementari”, “oneri” - che riportano prezzi comprensivi dell’incidenza della manodopera riferibile agli stessi. A scopo dimostrativo ha presentato un elaborato che analizza 13 voci delle lavorazioni in oggetto (che rappresenterebbero il 71,86 per cento dell’importo dei lavori) ove, scorporando il costo del lavoro dalla cifra offerta per altri elementi dell’analisi giustificativa dei prezzi, sarebbe provato che il costo effettivo della manodopera nell’appalto in esame raggiungerebbe la percentuale del 19,11 per cento.

Tale ordine argomentativo è stato avallato dalla Stazione appaltante,

posto che nel documento depositato in occasione della camera di consiglio del 18.12.2008 a firma del Responsabile del procedimento, si afferma che Saciss S.r.l. ha offerto prezzi per mezzi d'opera ed attrezzature corrispondenti all'“Elenco prezzi” predisposto dalla Provincia di Trento, “i quali sono comprensivi dei costi per l'operatore addetto”. Pertanto, posto che con riferimento ai noli erano stati applicati prezzi ufficiali comprensivi dei costi degli addetti, in sede di “verifica dell'anomalia dell'offerta non è stato ritenuto sufficiente sommare gli importi espliciti dall'offerente con riguardo alla manodopera dedicata alla singola lavorazione, ma tenere conto che l'incidenza della manodopera interessa anche altri componenti dell'offerta rilevatasi più conveniente” la quale, al termine dell'istruttoria, è stata così giudicata “nel suo complesso affidabile”.

2c. A fronte delle opposte argomentazioni svolte dalle parti in causa il Collegio richiama, anzitutto, facendola propria, la giurisprudenza amministrativa ricordata anche dalla difesa della Stazione appaltante e volta ad affermare che, in sede di verifica dell'anomalia di un'offerta, non si può dar luogo ad una determinazione negativa unicamente in base alla valutazione di alcune voci di prezzo e del loro scostamento da riferimenti medi di mercato; la Stazione appaltante, infatti, è tenuta a verificare, in base alle giustificazioni prodotte, se quell'offerta risulti inaffidabile nel suo complesso, atteso che “il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala,

presentata in una gara per la realizzazione di un'opera pubblica, ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme”; che, inoltre, “in caso di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti, essendo sufficiente anche una motivazione espressa *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate” (cfr., ex multis, C.d.S., sez. IV, 20.5.2008, n. 2348 e sez. V, 29.7.2003, n. 4323).

Nel caso in esame, tuttavia, non può non porsi in rilievo che, con riferimento ad uno degli elementi essenziali dell'opera da realizzare e, cioè, il lavoro delle maestranze, il cui costo, in sede di predisposizione degli atti di gara, era stato ritenuto che incidesse per un percentuale pressoché coincidente al 30 per cento su quello complessivo dell'opera, hanno fatto totalmente difetto non soltanto la congrua motivazione in sede di verifica complessiva dell'offerta ma, a monte, qualsiasi attività istruttoria in merito; di fatto, invero, emerge pacificamente dal documento datato 17 settembre 2008 che il Responsabile del procedimento si è limitato a verificare che il solo costo orario fosse conforme ai minimi retributivi e contributivi vigenti, omettendo dunque qualsivoglia ricostruzione di quello necessario per la realizzazione dell'opera da appaltare.

Ma non è soltanto su tale fondamento che il Collegio perviene alla

detta conclusione, trovando essa alimento nelle stesse argomentazioni rappresentate in sede difensiva dalla controinteressata, volte ad affermare che non sarebbe stato sufficiente sommare le voci dell'elemento "manodopera" in quanto altri costi attinenti al lavoro sarebbero compresi in differenziati elementi delle stesse prestazioni e forniture: da ciò emerge, infatti, palesemente il tentativo di accreditare quanto non è stato approfondito in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta. Non è, infatti, a parere del Tribunale controvertibile che, se in quella sede fosse emerso che la percentuale della voce "manodopera" avesse presentato un'incidenza media pari al 7,15 per cento - a fronte della media del 28,234 per cento calcolata dal progettista - il contraddittorio con l'offerente avrebbe dovuto *de plano* proseguire con la richiesta di ulteriori elementi integrativi per chiarire, in particolare, quanto incidesse l'eventuale scorporo del costo del lavoro dagli altri elementi componenti il prezzo.

Il rilevato difetto d'istruttoria si è, peraltro, tradotto anche nell'impossibilità per la controinteressata di provare in quella sede l'effettiva attendibilità dei costi preventivati per la manodopera, in quanto solo per tale via l'impresa interpellata, "la cui offerta è stata sospettata di anomalia, ha piena facoltà di far valere le sue ragioni e di esporre i chiarimenti necessari, posto che funzione dei giustificativi richiesti in sede preliminare è solo quella di far avere alla stazione appaltante una prima indicazione relativamente alla

congruità del prezzo offerto” (cfr., da ultimo, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24.9.2009, n. 2186).

2d. Né lo stesso vizio istruttorio può ritenersi superato dall’analisi dei costi prodotta dalla controparte in giudizio per dimostrare la congruità della propria offerta, ove si consideri che, pur esulando in materia elementi di stretta discrezionalità ed essendo detta congruità se del caso conoscibile nel processo, la ridetta analisi è in ogni caso soltanto parzialmente rappresentativa; parimenti non condivisibile è, poi, l’affermazione che il costo del lavoro ipotizzato dal progettista sarebbe privo di significatività sul rilievo che, a titolo esemplificativo, le associazioni di categoria nel 2007 avrebbero fissato l’indice di congruità del costo della manodopera sul valore dell’opera, per la categoria opere stradali, nel 13,77 per cento.

Tale ultima argomentazione, volta a dimostrare che, in ogni caso, la definizione del procedimento non sarebbe potuto essere diversa da quella in concreto adottata, posto che l’aggiudicataria avrebbe rispettato i minimi retributivi e offerto un costo complessivo della manodopera pari a circa il 20 per cento, deve essere, infatti, disattesa. Per un verso, infatti, occorre osservare che il richiamato “Avviso comune” sottoscritto dalle associazioni di categoria e dai sindacati presso il tavolo di concertazione promosso dal Ministero del lavoro prevede espressamente che gli indici ivi concordati, in valori minimi, “sono da ritenersi validi esclusivamente allo scopo di avviare una prima e graduale azione di emersione delle imprese irregolari e,

pertanto, non dovranno essere utilizzati ad altri fini o comunque quali indicatori per i prezzi degli appalti”.

Sotto altro profilo, poi, le tabelle con il calcolo dell'incidenza della manodopera predisposte dalla Società in sede di progettazione dell'opera non possono essere successivamente private del significato loro proprio quali parametri di riferimento per la valutazione in concreto dell'offerta. Se anche può riconoscersi che esse non assumono valore assoluto ed inderogabile, le stesse assolvono non di meno una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali svolte dall'offerente che, rappresentando una particolare, diversa, organizzazione aziendale, rimettono alla Stazione appaltante la valutazione in concreto della congruità e dell'affidabilità dell'offerta, peraltro del tutto mancata nel caso all'esame.

2e. A fronte di un testo normativo quale l'art. 86, comma 3bis, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, che dispone che gli enti aggiudicatari, sia in sede di predisposizione delle gare di appalto che in sede di valutazione dell'anomalia delle offerte, siano “tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro”, va dunque sottolineato che tale componente di costo deve essere sempre approfondito in sede istruttoria. Essa non può in ogni caso tradursi nella mera verifica dell'applicazione di condizioni retributive non inferiori a quelle previste dal contratto collettivo di lavoro, dovendo essere associata all'analisi della quantità di

manodopera necessaria e preventivata da ciascuna impresa per l'esecuzione dell'opera. In tale quadro, la norma non attribuisce alla Stazione appaltante la mera potestà di procedere o meno in tal senso, ma un puntuale dovere di approfondire il contenuto dell'offerta non solo sotto il profilo della sua "sufficienza", ma anche della sua "adeguatezza"; tale potere - dovere, che dà corpo alla responsabilità di quanti impieghino a tal fine pubbliche risorse, deve, quindi, permettere di pervenire ad una complessiva valutazione critica riferita all'apporto del lavoro umano, ben oltre dall'esito che scaturisca da meri calcoli aritmetici, che conduca ad apprezzare l'effettiva, piena congruità e affidabilità tecnico - economica dell'offerta matematicamente sospetta.

In definitiva, per le considerazioni sopra svolte, il primo motivo introdotto deve essere accolto.

3a. Per esigenza di completezza del richiesto esame il Collegio non reputa di assorbire l'ulteriore mezzo dedotto, con il quale è stata contestata la mancata produzione dell'attestazione relativa all'affidabilità e alla moralità del signor Giorgio Sbrizzai, già amministratore unico della Euro Green S.r.l, un cui ramo d'azienda è stato ceduto il 12 dicembre 2006 alla controinteressata, poco dopo la sua costituzione avvenuta in data 9 novembre 2006.

A seguito di un accesso agli atti del procedimento di gara, le ricorrenti hanno, infatti, constatato che l'attestazione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 - che onera le

imprese che intendano partecipare a gare per l'affidamento di appalti pubblici di rendere le dichiarazioni sui requisiti incidenti sulla moralità professionale anche nei confronti dei soggetti cessati dalle cariche di amministratore munito di potere di rappresentanza o di direttore tecnico nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara - sarebbe stata presentata con riferimento sia al legale rappresentante in carica che ai cessati rappresentanti, nonché direttori tecnici sig.ri Emil Eccher e Gabriele Gaiardo, ma non relativamente al sig. Giorgio Sbrizzai, amministratore della società cedente il ramo d'azienda. Secondo le deducenti, tale omissione avrebbe dovuto comportare la dichiarazione di inammissibilità dell'offerta presentata dalla controinteressata.

3b. L'assunto delle ricorrenti trova fondamento nella giurisprudenza del T.A.R. per la Sicilia e del Consiglio di Giustizia amministrativa per la stessa Regione che, in più occasioni, ha ritenuto che anche "nella cessione di un ramo di azienda, oltre che ovviamente nella cessione dell'intera azienda, si realizzi una successione di alcuni elementi soggettivi pur presenti nel singolo ramo, tanto che l'eventuale inquinamento della gestione causato da un amministratore o direttore tecnico (il quale in ipotesi non sia stato trasferito alla cessionaria insieme al ramo di azienda) tuttavia riverberi la sua influenza negativa. Una contraria tesi comporterebbe una facile elusione dei divieti di partecipazione ... infatti, nell'ipotesi di cessione di ramo di azienda, sussiste il rischio del permanere

dell'influenza di eventuali cedenti privi dei requisiti di affidabilità, con violazione del divieto nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara” (cfr., C.G.A. 6.5.2008, n. 389). Anche più recentemente, il T.A.R. Sicilia – sede di Palermo ha precisato che “la giurisprudenza, confermata in appello dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana è ormai consolidata nel senso che la posizione dei soggetti titolari o direttori tecnici di imprese, le cui aziende - o rami di azienda - abbiano formato oggetto di cessione ad un'impresa partecipante ad una gara d'appalto, sia del tutto assimilabile a quella dei soggetti cessati dalle cariche all'interno della stessa impresa ... conseguentemente, la cessionaria avrebbe dovuto dichiarare, tra i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando, anche il legale rappresentante e il direttore tecnico dell'impresa cedente, in atto o cessati dalla carica nel triennio, nonché rendere anche relativamente agli stessi le dichiarazioni previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006” (cfr., sez. III, 19.5.2009, n. 943). Tale lettura della norma citata sarebbe volta al riconoscimento della sua portata sostanziale e non meramente formale, “in quanto finalizzata a garantire che le stazioni appaltanti siano messe in grado di verificare la sussistenza di tutti i requisiti di moralità in capo ai partecipanti alle procedure di affidamento di appalti pubblici, così da prevenire il rischio di influenza da parte di cedenti eventualmente privi di detti requisiti” (cfr., T.A.R. Sicilia -

Palermo, sez. III, 4.3.2009, n. 455).

3c. Il richiamato indirizzo in tema di moralità dei responsabili delle imprese partecipanti a pubbliche gare non è stato condiviso dal T.A.R. Puglia, sul presupposto che meriti invece “prevalenza il principio ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa in tema di pubbliche gare, secondo il quale le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando sono di stretta interpretazione, dovendosi dare prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare pretesi significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio e l'esigenza della più ampia partecipazione. Anche le norme di legge che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono pertanto essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato comunitario” (cfr., Bari, sez. I, 15.1.2009, n. 77). Anche il T.A.R. della Regione Piemonte ha ritenuto che, nel caso in cui la cessione del ramo d'azienda sia avvenuta anteriormente alla gara, i requisiti di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 vadano verificati soltanto nei confronti dei dirigenti della società cessionaria che partecipa alla gara (cfr., sez. II, ord. 5.2.2009, n. 118).

3d. Su questa controversa questione premette il Collegio che la più

avvertita dottrina ha chiarito da tempo che la normativa in esame costituisce una deroga ai principi comunitari della più ampia partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici e che proprio per tale carattere eccezionale è da considerarsi di stretta applicazione; in tal senso si è pronunciato questo Tribunale con la sentenza 30.7.2009, n. 226. Sul tema è stata anche sottolineata la necessità che le Amministrazioni pubbliche abbiano rapporti esclusivamente con soggetti affidabili dal punto di vista della moralità, ma anche che una lettura strettamente formale di qualsivoglia dichiarazione non veritiera si tradurrebbe in un pregiudizio per il principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sulla partecipazione alle pubbliche gare delle imprese presenti nel mercato unico, ma anche per la Pubblica amministrazione, che si avvantaggia della possibilità di poter valutare favorevolmente le offerte inoltrate senza che ciò sia precluso dal fatto che le imprese abbiano presentato dichiarazioni incomplete, peraltro del tutto ininfluenti sull'affidabilità della singola impresa (cfr., T.R.G.A. Trento, 23.9.2008, n. 231). Negli stessi termini, è stato anche osservato che “ogni presunzione assoluta, ... al di là della sua strumentalità rispetto al fine di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, può essere riconosciuta eccedente rispetto al suddetto scopo, precludendo essa la possibilità di dimostrare che, nel caso di specie, alcun rischio si profili per la concorrenza fra le imprese” (cfr., T.R.G.A. Trento, 14.9.2009, n.

239).

Alla luce delle richiamate esigenze, il cui soddisfacimento deve governare la retta gestione delle pubbliche gare d'appalto, l'assenza di una norma espressa - diretta a sanzionare eventuali pratiche elusive attuate dagli operatori economici attraverso lo strumento della cessione di rami d'azienda - non può, a parere del Collegio, indurre a concludere che essa sia totalmente irrilevante (cfr., in questi termini, T.A.R. Puglia - Bari, n. 77 del 2009, cit.). Operazioni di siffatta natura ben possono, però, dissimulare il tentativo di aggirare il divieto di partecipazione cui ricorrerebbe l'impresa cedente. In tal caso, tuttavia, non è sufficiente l'ipotesi che un comportamento di questo tipo sia intervenuto, deducendolo dall'avvenuta cessione e dalla successiva mancata dichiarazione, ma è necessaria la prova della persistente continuità tra le due imprese e che dunque "sussistano elementi gravi, precisi e concordanti che depongano per la riconducibilità delle società cedente e cessionaria al medesimo centro decisionale" (cfr., C.d.S., sez. V. 2.2.2009, n. 565).

In altri termini, se non può, a priori, essere negata l'effettiva possibilità per le imprese di aggirare tramite le viste parziali cessioni i divieti di partecipazione alla gare d'appalto, deve al contempo convenirsi che le vicende della vita di un'impresa sono molteplici e possono sovente tradursi anche in mere operazioni di riorganizzazione societaria coerenti con le esigenze della produzione sul mercato e talvolta della stessa sopravvivenza di un'impresa; esse

non incidono, pertanto, di per sé sole considerate sull'affidabilità della cessionaria, e non possono conseguentemente determinare l'esclusione da una gara di un soggetto per il semplice fatto che, nell'ambito della vicenda privatistica, subentri nella proprietà di un ramo aziendale con una paradossale successione a titolo particolare anche in ordine agli effetti indotti da un eventuale illecito commesso dall'impresa cedente. In tal senso si è già espresso il T.A.R. Lombardia con cui questo Collegio concorda, che in due occasioni ha avuto occasione di accertare che una cessione di ramo d'azienda era avvenuta proprio al fine di eludere il divieto di partecipazione alle gare con palese riconduzione di quelle operazioni alla categoria del negozio in frode alla legge (cfr., Milano, sez. I, 5.12.2008, n. 5717 e 9.2.2007, n. 236).

3e. Traendo la conclusione da quanto sopra esposto deve dunque affermarsi che l'assunto delle ricorrenti - che pretendono che dalla gara *de quo* si sarebbe dovuto escludere la controinteressata in quanto acquirente di un ramo d'azienda da una diversa società, del cui amministratore non era stata presentata la dichiarazione prevista dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 - deve essere respinto.

Nella specie alcun principio di prova è, infatti, emerso nel processo né sulla posizione dello Sbrizzai, del quale s'ignora persino se abbia o meno precedenti penali a suo carico, né su un eventuale tentativo di elusione del divieto di partecipazione alle gare pubbliche, né, infine,

se le due società facciano in realtà capo ad un unico centro decisionale.

E', infatti, pacifico che, nel processo amministrativo, sussiste l'onere per la parte di enunciare i fatti che sono a fondamento della pretesa avanzata, "poiché il potere di acquisizione riconosciuto al giudice di tale processo è un "metodo" ed in quanto tale s'innesta nel principio dispositivo che governa l'introduzione della prova a carico della parte, ma non lo può travalicare" (cfr., ex multis, C.d.S., sez. IV, 12.5.2009, n. 2902).

In conclusione, il dedotto motivo deve essere disatteso.

4. Il Collegio può ora passare alla definizione della domanda risarcitoria, ricordando che, in via principale, è stato chiesto il risarcimento in forma specifica e, in via subordinata, per equivalente.

In proposito si è ricordato nell'esposizione in fatto che il contratto d'appalto è stato sottoscritto in data 11 dicembre 2008, ossia il giorno prima del decreto cautelare da parte del Presidente emesso *inaudita altera parte*, che di detta sottoscrizione aveva fatto provvisoriamente divieto; che, con la memoria datata 17 dicembre 2008, la difesa della Stazione appaltante ha comunicato che i lavori erano già stati consegnati e tempestivamente iniziati.

Escluso, per tale sola ragione, che possa trovare ingresso l'accertamento dell'obbligo di dar corso al subentro nella posizione dell'aggiudicataria, anche il risarcimento per equivalente non può essere egualmente accordato, atteso che, sulla base delle

considerazioni espresse in sede di esame del primo motivo di ricorso, fa nella specie difetto la prova che l'appalto in questione sarebbe stato aggiudicato alle società ricorrenti: l'accoglimento del prodotto ricorso per difetto di una congrua istruttoria si traduce, infatti, nell'obbligo in capo alla Stazione appaltante di riaprire il procedimento e di verificare l'effettiva congruità del costo della manodopera offerto dalla Saciss S.r.l.

Appare conseguentemente chiaro che, a tale stregua, altra pretesa non può essere riconosciuta alle istanti se non quella al completamento dell'istruttoria nei termini indicati in motivazione. Rafforza in ogni caso questa conclusione la puntuale circostanza che anche l'offerta presentata dalle ricorrenti era risultata anomala e che la stessa non è stata oggetto di alcuna istruttoria.

In definitiva, allo stato degli atti, alcuna prova sussiste che l'appalto pertinente il sovrappasso autostradale di Bressanone sarebbe dovuto essere aggiudicato alle ricorrenti.

5. All'accoglimento del ricorso nei limiti di cui alla motivazione che precede consegue che le spese di lite, ivi compresi i diritti e gli onorari di difesa, debbano porsi a carico della parte soccombente.

Condanna conseguentemente Autostrada del Brennero S.p.A. a corrispondere alle società ricorrenti la somma di € 6.800,00 (seimilaottocento) di cui € 6.000 per onorari ed € 800 per diritti, oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6 *bis*, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), ad I.V.A. e C.P.N.A. ed al

12,5% sull'importo dei diritti e degli onorari a titolo di spese generali.
Nei confronti della società controinteressata le spese possono rimanere integralmente compensate.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 282 del 2008, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Condanna Autostrada del Brennero S.p.A. al pagamento delle spese di giudizio a favore delle società ricorrenti, liquidate come da motivazione.

Compensa le spese nei confronti di Saciss S.r.l.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/10/2009

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

IL SEGRETARIO