



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 165 del 2009, proposto da:
Azzolini Costruzioni S.r.l., in proprio ed in qualità di capogruppo
mandataria della costituenda A.T.I. con Georicerche S.r.l.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini,
con domicilio eletto presso il loro studio in Trento, Via Lunelli, 48

contro

Autostrada del Brennero S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Flavio
Maria Bonazza con domicilio eletto presso il suo studio in Trento,
Piazza Mosna, 8

nei confronti di

Saciss S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Toniolatti, Anna
Dal Piaz e Rosanna Serafini, con domicilio eletto presso lo studio del
primo di essi in Trento, Via Manzoni, 16

per l'annullamento

- della delibera n. 1234 del 25 agosto 2009 del Presidente dell'Autostrada del Brennero S.p.A., con la quale è stata revocata l'aggiudicazione, già definitivamente disposta a favore dell'A.T.I. Azzolini Costruzioni S.r.l./Georicerche, ed è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria a favore dell'Impresa Saciss S.r.l., relativamente alla gara per l'appalto dei lavori di ordinaria manutenzione per la protezione delle fondazioni delle pile del viadotto Campodazzo, lungo la sponda sinistra del fiume Inarco, e per la realizzazione di una pista di servizio, tra i progressivi km 66+325 e km 68+ 737;

- della nota prot. n. 18820 del 9 settembre 2009 con la quale l'Autostrada del Brennero S.p.A. ha informato l'A.T.I. Azzolini Costruzioni S.r.l./Georicerche dell'adozione del provvedimento di revoca della precedente aggiudicazione e di contestuale aggiudicazione della gara all'Impresa Saciss S.r.l., trasmettendone il testo;

- del bando di gara del 21 aprile 2009, nonché dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva dei lavori a favore dell'Impresa Saciss S.r.l., dell'eventuale atto di affidamento dei lavori anteriormente alla stipulazione del contratto e del contratto nel frattempo eventualmente stipulato, nonché per il risarcimento del danno ingiusto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada del Brennero

S.p.a. e di Saciss S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Vista la propria ordinanza 8.10.2009, n. 107 con cui è stata accolta l'istanza cautelare presentata dalla parte ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2010 il cons. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'impresa ricorrente, in a.t.i. con l'impresa mandante Georicerche s.r.l., ha partecipato alla gara indetta con bando del 21.4.2009 dall'Autostrada del Brennero S.p.A. per lavori stradali.

L'istante presentava offerta con l'avvalimento dell'Impresa Costruzioni Altigarda s.r.l., ex art. 49 del D.lgs. 12.4.2006, n. 163.

Quest'ultima impresa aveva peraltro subito, in data 28.11.2008, un'annotazione nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza, per la falsa dichiarazione resa in altra gara.

Poiché l'annotazione era stata cautelatamente sospesa dal Consiglio di Stato con ordinanza 21.4.2009, n. 1970, in riforma dell'ordinanza di questo Tribunale 15.1.2009, n. 5, la ricorrente era stata ammessa alla gara che, infine, veniva ad essa aggiudicata definitivamente.

Tuttavia, dopo la fase cautelare il ricorso proposto dall'Impresa Costruzioni Altogarda contro l'annotazione veniva respinto nel

merito, con sentenza di questo Tribunale 30.7.2009, n. 226.

Conseguentemente, il Presidente dell'Autostrada del Brennero prendeva atto della vista sentenza e con delibera 25.8.2009, revocava l'aggiudicazione della gara alla ricorrente, nel rilievo che la ivi accertata legittimità dell'annotazione costituisse causa ostativa alla partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. h, del D.lgs. 12.4.2006, n. 163. La gara veniva, quindi, aggiudicata alla seconda classificata in graduatoria e, cioè, all'odierna controinteressata Impresa Saciss s.r.l.

Avverso tale provvedimento sono stati dedotti violazione dell'art. 38, comma 1, lett. h, del D.lgs. 12.4.2006, n. 163 ed eccesso di potere sotto vari profili, nell'assunto che l'annotazione iscritta sul casellario informatico dell'Autorità di vigilanza si riferiva a dichiarazioni rese in data 20.11.2007, in una gara che si è conclusa il 29.2.2008 e, cioè, in un lasso temporale precedente i 12 mesi dalla pubblicazione del presente bando di gara. Secondo la ricorrente, infatti, l'anno di interdizione dalla partecipazione alle gare dovrebbe decorrere dalla data di commissione del falso e non da quella di iscrizione dell'annotazione nel casellario.

La stazione appaltante, costituitasi in giudizio, ha controdedotto diffusamente, concludendo per la reiezione del ricorso.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata, la quale ha osservato che la società Altogarda non era in possesso nemmeno del requisito fissato dall'art. 38, comma 1, lett. c, del D.lgs. 12.4.2006, n. 163, come accertato da questo Tribunale nella sentenza sopra

menzionata.

Ciò premesso, e venendo alle considerazioni del Collegio, va anzitutto disatteso il rilievo svolto dalla controinteressata, secondo cui la ricorrente sarebbe dovuta essere esclusa per l'assorbente carenza dell'ulteriore requisito fissato dall'art. 38, comma 1, lett. c, del D.lgs. 12.4.2006, n. 163.

Infatti, il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione è stato motivato con esclusivo riferimento alla carenza del requisito di cui alla lettera h) dall'art. 38, comma 1, ancorché nel corpo della motivazione detto giudizio fosse stato richiamato, emergendo dal dispositivo adottato la puntuale indicazione della violazione ritenuta esclusivamente rilevante nel caso di specie.

Il detto rilievo sarebbe dunque dovuto essere denunciato mediante rituale proposizione di ricorso incidentale, come ha fondatamente eccepito in rito il difensore della ricorrente.

Peraltro, il ricorso è infondato per le ragioni che seguono.

L'art. 38, comma 1, lett. h, del D.lgs. 12.4.2006, n. 163 recita: "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ...h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

La formulazione della norma si è prestata, com'è noto, ad una

pluralità di interpretazioni diverse, come emerge dai precedenti giurisprudenziali (riferiti indifferentemente alla norma di uguale formulazione contenuta nell'art. 75, lett. h, del D.P.R. 21.12.1999 n. 554), che si rinvergono relativamente al momento al quale occorre far riferimento, ai fini dell'accertamento del presupposto della prescritta esclusione.

Secondo una prima lettura, il Legislatore avrebbe ricollegato gli effetti interdittivi al momento in cui è stata resa la dichiarazione falsa, se ciò sia avvenuto nell'arco temporale dei dodici mesi antecedenti la pubblicazione del nuovo bando alla cui procedura s'intende partecipare, e non a quello in cui la relativa annotazione sia stata inserita nel casellario dell'Autorità. Da ciò deriverebbe la possibilità, del tutto equivalente, che la stazione appaltante possa apprendere *aliunde* dell'esistenza delle false dichiarazioni, conseguendone in ogni caso l'effetto interdittivo dalle gare per un anno decorrente, non dalla data di iscrizione, ma da quella in cui la ridetta dichiarazione sia stata resa.

Tale interpretazione muove indubbiamente dal dato letterale della norma, che fa riferimento ai soggetti che "hanno reso false dichiarazioni" e non a quelli che abbiano subito l'annotazione nel casellario, nonché dal fatto che la vista iscrizione sarebbe evento incerto sia nell'*an* sia nel *quando*. Essa presuppone, poi, che l'iscrizione della dichiarazione falsa nel casellario informatico non abbia effetti costitutivi, ma meramente dichiarativi e di sola pubblicità - notizia del fatto annotato: essa si configurerebbe come un atto vincolato e

meramente consequenziale alla segnalazione da parte della stazione appaltante, con effetti retroattivi (cfr.: Cons. Stato, IV, 31.5.2007, n. 2836; Tar Lazio - Roma, III, 3.4.2006 n. 2264; T.A.R. Sardegna, sez. I, 28.11.2005, n. 2181).

Secondo una seconda interpretazione, al dato meramente letterale si contrapporrebbe più razionalmente il momento dell'accertamento del falso, da parte della stazione appaltante, data alla quale viene disposta la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza (così: T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 7.11.2009, n. 475).

Infine, la terza tesi interpretativa trova fondamento nel fatto che, dovendo essere riconosciuta valenza costitutiva all'iscrizione nel casellario informatico, da questa decorrerebbero gli effetti interdittivi, come si argomenterebbe dall'inciso finale della stessa norma secondo cui le false dichiarazioni debbono risultare "dai dati in possesso dell'Osservatorio" (cfr.: C.G.A., 23.9.2008, n. 777; T.A.R. Sicilia - Palermo, III, 29.4.2009 n. 813; T.A.R. Sicilia - Catania, I, n. 1631/2008).

Nei termini di cui alla suddetta, ultima lettura si è espressa anche l'Autorità di Vigilanza, con la determinazione n. 1/2008.

Il Collegio, dopo meditata analisi, reputa che, seppure ciascun indirizzo della giurisprudenza lasci adito a qualche dubbio, la fragilità del mero dato letterale ne consenta il superamento, dovendosi riconoscere la natura costitutiva dell'iscrizione del mendacio nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza.

Tale opzione ermeneutica, che induce il Tribunale a far proprio, *re*

melius perpensa rispetto a precedenti ordinanze cautelari, il terzo indirizzo della giurisprudenza, trova invero base e ragione nell'inciso finale della norma all'esame, posto che la disposta iscrizione fa emergere, rendendone nel contempo pubblica notizia, l'esistenza della falsa dichiarazione, ricavabile, infatti, esclusivamente "dai dati in possesso dell'Osservatorio".

Tale espressione prevale, inoltre, su quella letterale che la precede, ove si parla di "dichiarazioni rese, non già per un capriccio dell'interprete, ma per l'assorbente rilievo che dalla seconda positivamente discende l'effetto costitutivo e nel contempo la rilevanza di quella dichiarazione, privo essendo il primo enunciato da ogni diversa ragione logica che diversamente lo sorregga.

Alla considerazione ora svolta si associa il concorrente rilievo che il far retroagire il periodo di dodici mesi dalla data dell'iscrizione nell'osservatorio appare più coerente con il sistema unico ed obbligatorio di qualificazione delle imprese di cui, com'è noto, il casellario informatico rappresenta lo strumento generale di riferimento dal quale tutte le stazioni appaltanti sono in grado di attingere elementi direttamente rilevanti per consentire la partecipazione o meno delle imprese alle pubbliche gare da loro indette.

E' ben vero, al riguardo, che, ove i tempi tecnici si dilatino oltre una ragionevole misura, potranno legittimamente presentare offerte nelle pubbliche gare anche imprese che abbiano reso false dichiarazioni, destinate a non rilevare sul corso della gara e sull'eventuale

aggiudicazione a loro favore, ove la retroazione del loro *stand still* per dodici mesi lasci aperto un ulteriore varco temporale all'interno del quale il mendacio che successivamente emerga è destinato a non produrre effetto alcuno.

La prescelta soluzione, tuttavia, che presuppone necessariamente l'iscrizione nel casellario informatico e che non ammette equipollenti (come la conoscenza di false dichiarazioni acquisite *aliunde*) rappresenta un ineliminabile elemento di certezza giuridica, che acquista in quanto tale valore sia per la pubblica Amministrazione che abbia indetto una gara d'appalto sia nel contempo anche per le imprese, se si considera la rilevanza dei gravi effetti che ne derivano, anche sulla loro immagine nel mercato unico.

L'ancoraggio della data cui far riferimento, ove coincidente con quella dell'avvenuta dichiarazione ovvero del relativo accertamento da parte della singola stazione appaltante, spiegherebbe all'opposto effetti a catena non agevolmente controllabili né in sede amministrativa né giurisdizionale nell'ipotesi, che si presenterebbe con una frequenza rimessa al tasso di correttezza delle imprese partecipanti, che una siffatta conoscenza sopravvenisse dopo la pronuncia dell'aggiudicazione, la stipula del contratto e, se del caso, l'avvenuto inizio dei lavori, del servizio o della fornitura. In tale evenienza sarebbe invero scontata l'emissione di un provvedimento in via di autotutela ai sensi di quanto stabilito dall'art. 21^{nonies} della L. 7.8.1990, n. 241 con effetti indubitabilmente perversi sull'ordinato svolgimento delle gare e sulla gestione dei rapporti contrattuali anche

alla luce della direttiva ricorsi n. 66 del 2007.

In tale quadro, l'esistenza ed il retto funzionamento del casellario informatico può e deve costituire lo strumento di esclusivo riferimento per far emergere le false dichiarazioni, altrimenti non conoscibili da stazioni appaltanti, che operino sul mercato unico e comunque diverse da quella che ha precedentemente accertato e segnalato il fatto all'Autorità di vigilanza.

Come già anticipato a tale interpretazione il Collegio reputa di dover pervenire, giacchè trova sicuro fondamento nella natura costitutiva, e non meramente dichiarativa, dell'annotazione.

E' stato già ritenuto da questo Tribunale nella sentenza 30.7.2009, n. 226 (ma in tal senso si veda anche: T.A.R. Lazio, sez. III, 11.11.2009, n. 11068) che l'iscrizione nel casellario informatico postuli, da parte dell'Autorità, un procedimento istruttorio di verifica circa l'esistenza dei presupposti e la loro effettiva rilevanza, cui ciascuna impresa interessata può partecipare, inviando le proprie controdeduzioni. Il che significa che, fino a quando l'annotazione non sia stata effettuata, la falsità della dichiarazione potrebbe non essere ritenuta tale dall'Autorità di vigilanza e non può essere dunque valorizzata, essendone ancora incerte la sussistenza e la rilevanza, oltre che la conoscibilità generale.

In conclusione consegue dalle esposte argomentazioni che l'anno di interdizione dalle pubbliche gare, antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, necessariamente debba decorrere dalla data dell'iscrizione con effetti costitutivi del constatato mendacio nel

casellario informatico.

Nella vicenda per cui è causa, non essendo l'anno di interdizione dalle gare d'appalto ancora trascorso, con riferimento alla data dell'iscrizione nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza, il provvedimento impugnato resiste alle censure dedotte dalla ricorrente ed il ricorso va conseguentemente respinto.

Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti, attesa l'oscillazione giurisprudenziale in materia.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Alma Chiettini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2010

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

IL SEGRETARIO