

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE GIURISDIZIONALE REGIONALE

PER IL TRENTO - ALTO ADIGE CON SEDE IN TRENTO

composta dai seguenti Magistrati:

dott. Ignazio de MARCO	Presidente
dott. Vittorio VISCA	Consigliere Relatore
dott.ssa Grazia BACCHI	Consigliere

VISTO l'atto di citazione del Procuratore Regionale;

ESAMINATI tutti gli atti e i documenti di causa;

UDITI nella pubblica udienza del **1° giugno 2006**, con l'assistenza del segretario sig. Andrea BASSETTI, il relatore cons. Vittorio VISCA; gli avvocati Cristiana CARPANI e Francesco PAOLUCCI, per i convenuti, ed il Procuratore regionale dott. Salvatore PILATO;

presenti gli avv.ti Rolando ROFFI e Alberto Paoletto;

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nel giudizio di responsabilità iscritto al n. **3271/R** del registro di segreteria, promosso dal Procuratore Regionale nei confronti dei signori:

- dott. WILLEIT Ferdinand, nato a Fortezza (BZ) il 14 settembre 1938; -
- dott. ZIERNHOLD Christian, nato a Bergamo il 13 settembre 1952;
- dott. BERGMEISTER Konrad, nato a Bressanone (BZ) il 19 aprile 1959, tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti Francesco PAOLUCCI, Rolando ROFFI e Alberto PAOLETTO ed elettivamente domiciliati presso quest'ultimo in Trento, Via S. Francesco n. 10;
- ing. VILLA Angelo, nato a Sassuolo (MO) il 18 giugno 1954, rappresentato e difeso dagli avv.ti Franco MASTRAGOSTINO, Cristiana CARPANI e Roberta de PRETIS ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultima a Trento, via SS. Trinità n. 14.

RITENUTO IN FATTO

Con deliberazione del Consiglio di Amministrazione del 29 gennaio 1993, l'Autostrada del

Brennero S.p.A. (in prosieguo Autobrennero) approvò in Lire 67.720.000.000 il progetto relativo ai lavori di manutenzione straordinaria di ponti e viadotti nel tronco stradale tra Chiusa e Bolzano. Tale progetto fu approvato dall'ANAS con riduzione dell'importo dei lavori a base d'asta a Lire 64.498.082.055 e, con bando n. 6 del 2 febbraio 1998, fu indetto dall'Autobrennero un pubblico incanto con aggiudicazione dei lavori, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 109 del 1994, secondo il criterio del massimo ribasso sull'elenco dei prezzi.

Il bando prevedeva anche che, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto del citato art. 21 e del decreto ministeriale LL.PP. del 28 aprile 1997, dovessero “essere prodotte le giustificazioni relative alle (30) voci dell'elenco prezzi” indicate nel bando stesso.

Alla gara svoltasi il 14 maggio 1998, furono ammesse cinque imprese con l'offerta dei seguenti ribassi:

- A.T.I. Grassetto S.p.A. - Codelfa Prefabbricati S.p.A. = 31,886%,
- A.T.I. Alpine Bau Ges S.r.l. - Baldassini e Tognazzi S.p.A. = 31,860% ;
- Freyssinet France Nord = 30,920% ;
- A.T.I. Italstrade S.p.A. - Astaldi S.p.A. = 26,130% ;
- A.T.I. Bilfinger e Berger S.p.A. - Bonatti S.p.A. = 24,980%.

Delle cinque offerte, comprese in una percentuale del 6,7, fu operata la media aritmetica pari al 29,154%, incrementata dello scarto medio dei ribassi superiori alla detta media (pari a - 2,299%), individuando così la soglia di anomalia nel 31,553% di ribasso.

L'Autobrennero sottopose a verifica non soltanto le offerte delle due imprese (A.T.I. Grassetto S.p.A. e A.T.I. Alpine Bau Ges) che avevano superato la soglia di anomalia del - 31,553%, ma anche quelle delle rimanenti, ritenendo anomale, all'esito di tale verifica, le offerte più basse ed aggiudicando l'appalto dei lavori al raggruppamento d'impresa Grassetto S.p.A. che aveva proposto, il maggior ribasso nella percentuale del 31,880%, a condizione che dalla verifica dei prezzi l'offerta non risultasse anomala. Alla verifica procedettero il dirigente il settore legale dell'Autobrennero avv. Christian ZIERNHOLD e il direttore tecnico ing. Angelo VILLA che, con il visto del direttore generale ing. Konrand BERGMEISTER, proposero al Presidente della società, dott. Ferdinand WILLEIT, di dichiarare anomale le offerte presentate dalla A.T.I. Grassetto S.p.A. e dalla A.T.I. Alpine Bau Ges S.r.l. e di revocare l'aggiudicazione provvisoria dei lavori disposta nei

confronti della prima società.

Con determinazione n. 645 del 6 agosto 1998 il Presidente WILLEIT dichiarò l'anomalia delle offerte presentate dalle indicate società, revocò l'aggiudicazione dei lavori disposta nei confronti dell'A.T.I. Grassetto S.p.A. e deliberò di sottoporre a verifica le rimanenti offerte in relazione ad una eventuale ipotesi di anomalia.

Con successiva determinazione n. 695 del 27 agosto 1998, adottata su proposta dell'avv. ZIERNHOLD e dell'ing. VILLA, il Presidente dell'Autobrennero WILLEIT dichiarò anomale anche le offerte della Freyssinet France Nord e dell'A.T.I. Italstrade S.p.A. ed aggiudicò alla A.T.I. Bilfinger e Berger S.p.A. i lavori in questione, con il ribasso del 24,980%.

Il 27 ottobre 1998 tale ultima società stipulò il contratto di appalto per l'importo di Lire 64.498.082.055 al lordo del ribasso d'asta.

Le rimanenti quattro imprese impugnarono l'aggiudicazione dei lavori innanzi al Tribunale regionale di Giustizia Amministrativa che con sentenza del 25 febbraio 1999 accolse i ricorsi proposti dalla A.T.I. Grassetto S.p.A. e dalla Freyssinet France Nord, dichiarando l'illegittimità della procedura seguita da Autobrennero nei confronti della Freyssinet France Nord in quanto la verifica delle offerte sospette di anomalia era stata affidata ad apposito organo tecnico anziché alla Commissione aggiudicatrice e per il fatto che nel sistema introdotto dall'art. 21, comma I bis della Legge n. 109 del 1994 per le opere di importo superiore alla soglia comunitaria dei 5 milioni di ECU, potevano essere sottoposte a verifiche di anomalia soltanto le offerte sospette di ribasso anomalo in base a criteri oggettivi e predeterminati.

Su appello proposto sia dall'Autobrennero che dalla A.T.I. Bilfinger e Berger, la IV Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 1267 del 1999, confermò l'annullamento dell'aggiudicazione dei lavori nel rilievo che la verifica dell'offerta della Freyssinet France Nord doveva ritenersi illegittima in quanto, una volta escluse le offerte anomale al di sopra della soglia comunitaria, il numero delle offerte validamente presentate era divenuto inferiore a cinque, con conseguente aggiudicazione automatica al miglior offerente e per il motivo che in ogni caso, la possibilità per la stazione appaltante di sottoporre a verifica anche le rimanenti offerte era del tutto eccezionale.

In esecuzione di tale pronuncia, con deliberazione n. 790 del 29 settembre 1999 il Presidente

dell'Autobrennero, preso atto che i lavori affidati alla A.T.I. Bilfinger e Berger, a seguito dell'annullamento del contratto di appalto erano stati eseguiti per l'importo di Lire 12.588.000.000, aggiudicò il completamento delle opere alla Freyssinet France Nord per un importo presunto di Lire 51.910.082.055, al lordo del ribasso d'asta del 30,92%.

Avendo l'Autobrennero e l'A.T.I. Grassetto S.p.A. impugnato per Cassazione la suddetta decisione denunciando vizio di ultrapetizione, la suprema Corte, con ordinanza n. 14951 depositata il 26 novembre 2001 dichiarò inammissibile i ricorsi, per errori "in procedendo" in cui sarebbe incorso il Consiglio di Stato, condannando l'Autobrennero al rimborso delle spese di giudizio in favore della Freyssinet, liquidate in Lire 175.000, oltre Lire 20 milioni per onorari.

Con riferimento alla quota parte dei lavori eseguiti illegittimamente dall' A.T.I. Bilfinger e Berger, la società Freyssinet, chiedendo il risarcimento per l'equivalente del danno subito nelle componenti del lucro cessante (perdita di utile) e del danno emergente (maggior incidenza percentuale sul minore compenso complessivo conseguito di alcune componenti di prezzo non modificabili), propose ricorso contro l'Autobrennero al T.R.G.A. che, con sentenza n. 392 del 21 novembre 2002, accolse parzialmente il gravame riconoscendo dovuto il risarcimento e quantificandolo, quanto al mancato utile, nel 10 per cento della base d'asta e quanto alle spese fisse solo in quelle relative al "montaggio cantiere ed altre attrezzature", il tutto con rivalutazione monetaria ed interessi dalla data di primo inizio dei lavori.

La sentenza fu appellata dall'Autobrennero e dalla Freyssinet France innanzi alla Sezione Quarta del Consiglio di Stato che, con decisione n. 8364 depositata il 19 dicembre 2003, accolse parzialmente il ricorso proposto da Autobrennero e respinse l'altro.

Espletata l'istruttoria anche con delega conferita al Nucleo Regionale della Guardia di Finanza, la Procura Regionale ha ravvisato l'ipotesi del danno erariale nelle somme liquidate dall'Autobrennero a titolo di risarcimento danni a favore della Freyssinet France Nord a causa della illegittima aggiudicazione a terzi dei lavori, nonché delle ulteriori somme liquidate per le spese legali connesse alle vertenze istaurate innanzi al giudice amministrativo.

Pertanto, con atto di citazione dell'8 febbraio 2006, l'organo requirente ha chiamato in giudizio innanzi a questa Corte il dott. Ferdinand WILLEIT Presidente dell'Autobrennero, l'avv. Kristian ZIERNHOLD, dirigente il servizio legale, l'ing. Angelo VILLA direttore tecnico e l'ing.

Konrad BERGMEISTER, direttore generale, per sentirli condannare al pagamento della somma di € 1.169.499,96, da ripartire il quote uguali oltre interessi, rivalutazione monetaria e spese di giudizio.

Il Procuratore regionale, premesse diffuse argomentazioni sulla preliminare questione della giurisdizione della Corte dei conti nei confronti dell'Autobrennero, ritenuta sussistente in considerazione della natura formale-procedimentale dell'aggiudicazione del contratto di appalto, dell'assenza di rischio di impresa nei comportamenti contrattuali, della natura pubblica del servizio di manutenzione delle infrastrutture nonché della partecipazione azionaria degli enti pubblici territoriali per scopi di interesse collettivo, ha proceduto all'esame del bando di gara e dei poteri della stazione appaltante in relazione alla normativa vigente in materia di appalti pubblici.

Richiamando al riguardo l'art. 21, comma 1 *bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (nota come "legge Merloni"), l'art. 30 della direttiva 93/37/CEE e il D.M. LL.PP. 28 dicembre 1997, l'organo requirente sottolinea come "la individuazione dell'offerta anomale non è rimessa alla discrezionalità della pubblica amministrazione, ma discende dall'obbligatoria applicazione di criteri generali e predeterminati dal legislatore, che impongono alla stazione appaltante di fissare in via preliminare la soglia di anomalia in conformità agli indici ed al computo specificato nel decreto ministeriale e, per gli appalti comunitari (di importo superiore ai 5 milioni di ECU) di procedere in contraddittorio con l'impresa alla verifica successiva della effettiva sussistenza di vizi di anomalia nelle offerte collocate al di sopra della soglia determinata con l'applicazione di tali criteri generali e predeterminati". Tanto premesso, l'organo requirente ha reso evidente l'abuso procedimentale imputabile all'Autobrennero nell'aggiudicazione dei lavori di cui è causa nel fatto che, dopo aver esaurito il procedimento di verifica in contraddittorio delle offerte anomale "ex lege" con l'adozione della decisione di esclusione, piuttosto che deliberare l'aggiudicazione del contratto secondo il criterio del massimo ribasso sull'elenco prezzi, la società avrebbe esteso e rinnovato l'accertamento di verifica anche nei confronti delle imprese graduate sotto la soglia di anomalia.

Tale comportamento sarebbe viziato - a parere del Procuratore Regionale - da macroscopica abnormità "non solo per il manifesto difetto del potere di fatto esercitato, ma soprattutto per il palese arbitrio consumato in diretta e immediata violazione della legalità e dell'imparzialità dell'amministrazione". Il procedimento di individuazione delle offerte anomale nelle pubbliche gare - a parere della Procura - si configura come un sub-provvedimento articolato in quattro distinti

momenti prima dell'aggiudicazione dell'appalto: 1) individuazione delle offerte sospettate di anomalia; 2) richiesta delle giustificazioni dell'offerta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice; 3) presentazione dei chiarimenti, precisazioni ed eventuali elementi giustificativi dell'offerta; 4) verifica e valutazione sulle giustificazioni e sui chiarimenti da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

I vizi propri di ciascuna di dette fasi si trasfondono nell'atto conclusivo del procedimento di esclusione, che non è manipolabile secondo il gradimento della stazione appaltante; da tale abnormità trarrebbe origine l'ipotesi di responsabilità amministrativa, evidenziata dalle sentenze del TRGA di Trento e del Consiglio di Stato nonché: nella proposta del 6 agosto 1998, nel visto del direttore generale e nella pedissequa deliberazione dell'Autobrennero di sottoporre a verifica anche le offerte al di sotto della soglia di anomalia, nella successiva relazione del 27 agosto 1998, nel visto del direttore generale e nella deliberazione del presidente della società che ha ritenuto giustificata la sola offerta presentata dalla A.T.I. Bilfinger e Berger.

In conseguenza di tali illegittime ed arbitrarie scelte, la Autobrennero avrebbe subito - a parere del Procuratore regionale - un danno di complessivi € 1.169.499,96 costituito: per € 595.707,98 dalla somma liquidata a titolo di risarcimento alla "Freyssinet France Nord"; per € 177.206,46 a titolo di spese legali; per € 10.419,52 per spese di giudizio ed onorari liquidati in esecuzione dell'ordinanza della Corte di cassazione del 2001 e per € 368.168,00 a titolo di maggiori somme liquidate a favore della A.T.I. Bilfinger e Berger.

Con memoria depositata il 10 maggio 2006, l'ing. Angelo VILLA, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco MASTRAGOSTINO e Cristiana CARPANI del Foro di Bologna e dell'avv. Roberta DE PRETIS del Foro di Trento, nel far presente di aver rivestito il ruolo di direttore tecnico dell'Autobrennero dal 4 luglio 1994 al 31 agosto 1998, precisa di aver partecipato alla vicenda in questione nella fase concernente la verifica delle offerte sospette di anomalia, verifica perfezionata il 6 agosto 1998 con la formulazione della proposta al Presidente della società di "*dichiarare anomale le offerte presentate dalla A.T.I. Grassetto, dalla A.T.I. Alpine Bau Ges S.r.l.*" e di revocare l'aggiudicazione disposta in sede di gara nei confronti dell'AT.I. Grassetto e nella fase di verifica del 27 agosto 1998 mediante la formulazione di una nuova proposta, integralmente recepita dal Presidente della società nella delibera n. 695 del 1° settembre 1998, data alla quale il convenuto

era assegnato all'ufficio distaccato di Modena.

Sul piano formale, la parte contesta l'identificazione operata dalla Procura regionale tra l'origine del preteso danno e la proposta suindicata, considerato che l'attività del convenuto non poteva avere per sé rilevanza esterna e, quindi, effetto lesivo per la società se non assistito da specifica approvazione da parte dell'organo statutariamente competente ad impegnare la società stessa verso l'esterno.

Sul piano sostanziale, il convenuto fa presente che la proposta da lui avanzata è pienamente conforme alla sua specifica preparazione professionale, avente ad oggetto la predisposizione progettuale e la realizzazione sotto il profilo tecnico, di tutti gli interventi relativi all'Autostrada, sicché non può essere a lui imputata l'inosservanza della normativa sugli appalti nei suoi aspetti squisitamente giuridici ed interpretativi, di competenza del dirigente il settore legale, anch'egli titolare del provvedimento di verifica.

Precisa, ancora, il convenuto che la decisione di sottoporre a verifica anche le restanti offerte, benché non sospette di anomalia, fu assunta dal direttore generale dell'Autobrennero con nota del 28 luglio 1998, con le quali le società non sospette di anomalia furono invitate a sottoporre il 7 agosto successivo “*ulteriori spiegazioni e chiarimenti dei componenti elementari*” attraverso i quali erano stati determinati i singoli prezzi; ciò comporta che in tale fase procedimentale nessun comportamento colposo sarebbe attribuibile al convenuto, rimasto completamente estraneo anche alle vicende successive alla deliberazione presidenziale n. 695 del 27 agosto 1998.

Concludendo, la parte chiede in via principale l'assoluzione da ogni addebito e, in via del tutto subordinata, l'applicazione del potere riduttivo.

Con memoria di costituzione in giudizio, depositata l'11 maggio 2006, il dott. Ferdinand WILLEIT, l'avv. Christian ZIERNHOLD e il dott. Konrad BERGMEISTER, rappresentati e difesi dagli avv. Francesco PAOLUCCI e Rolando ROFFI del Foro di Bologna e Alberto PAOLETTO del Foro di Trento, rilevano anzitutto che, contrariamente a quanto affermato dalla Procura Regionale, la sentenza del Consiglio di Stato del 1999 avrebbe ritenuto meritevoli di accoglimento tutti i motivi di appello dell'Autobrennero mentre l'annullamento sarebbe avvenuto per un motivo diverso, non dedotto in primo grado dagli originari ricorrenti, non valutato in tale fase e, pertanto, non proposto in sede di appello incidentale.

Precisano, ancora, i suddetti convenuti che la valutazione delle offerte sotto soglia ai fini dell'anomalia rispondeva allo spirito ed alla lettera delle norme comunitarie, come confermato anche dal Ministro per le Politiche Comunitarie con circolare n. 3945 dell'1 marzo 2002, di illustrazione della sentenza 27 novembre 2001 della Corte di giustizia delle Comunità Europee.

Le parti affrontano, quindi, il problema della giurisdizione della Corte in materia eccependo la insussistenza degli indici interpretativi sottolineati dall'organo requirente: mancanza istituzionale dei rischi di impresa e destinazione degli utili a scopi di pubblico interesse. Quanto al primo precisano che l'Autobrennero incorre in tutti i rischi dell'attività imprenditoriale ed è suscettibile, in caso di insolvenza, di una procedura concorsuale ordinaria; quanto al secondo, evidenziano che gli utili di bilancio sono stati sempre distribuiti agli azionisti. Una ulteriore circostanza, negativa della giurisdizione della Corte in materia, sarebbe rappresentata dal fatto che l'azione di responsabilità è stata promossa non contro la società Autobrennero ma contro le persone fisiche rappresentanti o dipendenti della stessa; un'azione a carico dei presunti responsabili del danno ex art. 2993 del Codice civile (*recte*: 2393) poteva essere deliberata soltanto dagli azionisti davanti al Giudice ordinario. La recente legge n. 15 del 2005 all'art. 1, punto 2 *bis*, ha codificato il principio secondo cui laddove l'Amministrazione agisce nel campo del diritto privato, alle regole di tale ordinamento si deve avere riguardo nella soluzione delle questioni che ne possono nascere.

Nel merito, i convenuti affermano che l'art. 21, comma 1 *bis*, della legge n. 109 del 1994 dispone, in primo luogo, l'obbligatorietà della valutazione dell'anomalia relativamente alle offerte che presentino un ribasso superiore alla percentuale fissata; l'art. 30, comma 4, della direttiva CEE 93/37, richiamato dalla suddetta norma, prescrive che se le offerte appaiono anormalmente basse, prima di essere rifiutate debbano essere chieste le precisazioni utili all'impresa da tenerne conto nel procedimento di esclusione. Da tali principi i medesimi convenuti deducono che, contrariamente all'assunto della Procura, nessuna norma vieterebbe alla stazione appaltante di procedere alla verifica delle offerte di imprese graduate sotto la soglia di anomalia, secondo una discrezionalità confortata dalla menzionata circolare del Ministro per le Politiche Comunitarie.

Circa l'imputazione della responsabilità, le parti osservano che non si può parlare di *colpa* e di *negligenza* in capo a persone le quali, nella scarsa chiarezza delle norme, le hanno applicate nello spirito dei principi comunitari cui il legislatore si è espressamente richiamato con la legge n. 109 del

1994 ossia dell'obbligatorietà delle verifiche, per le offerte sopra la soglia di anomalia, e della discrezionalità, per quelle sotto soglia, purché previa richiesta di giustificazioni. A parere dei convenuti, in assenza di violazione di regole comunitarie e nazionali, nella vicenda in esame non è ipotizzabile alcuna colpa a loro carico per difetto del necessario elemento psicologico che sta alla base di una azione di danno.

Concludendo, le parti chiedono a questo Giudice: di declinare, in via pregiudiziale, la propria giurisdizione; di assolvere nel merito i convenuti da ogni richiesta di risarcimento; in ulteriore subordine, di sospendere il giudizio e rimettere gli atti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee ai sensi dell'art. 234 del Trattato CEE nell'ipotesi che venga condivisa la tesi della Procura Regionale che esclude una discrezionalità nella valutazione delle offerte anomale sottoglia.

Alla odierna pubblica udienza, gli avv.ti Cristiana CARPANI e Francesco PAOLUCCI hanno sostanzialmente confermato gli argomenti formulati negli atti difensivi - tesi condivise anche dagli avv.ti Rolando ROFFI e Alberto PAOLETTO - insistendo per l'assoluzione dei loro assistiti da ogni addebito; il Procuratore Regionale, dott. Salvatore PILATO, confermando l'ipotesi di responsabilità evidenziata nell'atto di citazione, ha insistito per la condanna dei convenuti.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. In via **preliminare** il Collegio ritiene di dover affrontare e risolvere la questione della giurisdizione della Corte, nella materia oggetto del presente giudizio, essendo stata eccepita da parte della difesa di alcuni convenuti in considerazione della natura esclusivamente privatistica della società "Autostrada del Brennero S.p.A." (Autobrennero).

Al riguardo va osservato che, effettivamente, tale società fu costituita come società per azioni con esplicito richiamo, nel relativo statuto, agli articoli del codice civile: 2437 (sulla indivisibilità delle azioni), 2366 (sulle formalità per la convocazione dell'assemblea), 2364 (sui poteri dell'assemblea ordinaria), 2386 (sulla sostituzione degli Amministratori) e ad altri articoli dello stesso complesso normativo, anche se non espressamente indicati.

Va, comunque, considerato che il capitale sociale dell'Autobrennero è determinato, in virtù dell'art. 5 dello Statuto, in euro 55.472.175,00, rappresentato da 1.534.500 azioni di cui la maggioranza (921.010) sono nominative nonché intestate e trasferibili solo tra enti pubblici a

differenza delle rimanenti 613.490, invece, liberamente trasferibili. Gli enti pubblici intestatari delle azioni si identificano - secondo le risultanze delle visure eseguite presso l'Ufficio registro delle imprese tenuto dalla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Trento - nella Provincia Autonoma di Bolzano, nella Provincia Autonoma di Trento, nelle Amministrazioni provinciali di Verona, Mantova e Reggio Emilia, nei Comuni di Bolzano, Trento, Verona e Mantova.

Occorre, inoltre, aggiungere che, ai sensi dell'art. 27 dello Statuto, la nomina del Presidente del Collegio sindacale nonché quella di un sindaco effettivo sono riservate, a norma dell'art. 3 della legge 28 aprile 1971, n. 287, rispettivamente, al Ministero dell'Economia e delle Finanze nonché all'ANAS; per finire, in base all'art. 28 dello Statuto, il controllo contabile sulla gestione della predetta Società è affidato ad una società di revisione iscritta nel registro istituito presso il Ministero della Giustizia, a norma del D. L.vo 17 gennaio 2003, n. 6.

Ciò premesso, fa presente la Sezione che lo schema societario è spesso utilizzato dal legislatore per l'esercizio di attività imprenditoriali o non; in tali casi, secondo un'esigenza già avvertita dalla Corte Costituzionale (sent. n. 466 del 1993), è necessario valutare la natura del soggetto *in concreto*, sulla base di un criterio funzionale e sostanziale, come suggerito dal legislatore comunitario con la nozione di "organismo di diritto pubblico": categoria nella quale può, certamente, essere iscritta una società per azioni con prevalente capitale pubblico (sent. n. 296 del 2000 della Sezione Lombardia), come nel caso di specie.

La giurisprudenza, inoltre, ha riconosciuto sotto vari profili il rilievo della *vocazione pubblica* di organismi societari di diritto comune; giova ricordare, al riguardo, l'ordinanza n. 19667/03 del 2003 delle SS.UU. della Cassazione che hanno chiarito come l'ambito dell'attività amministrativa sia da individuare non soltanto in ragione dell'esercizio di pubbliche funzioni e di poteri autoritari ma anche laddove, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguano finalità pubbliche mediante strumenti operativi disciplinati, in tutto o in parte, dal diritto privato.

Va, infine, tenuta presente la statuizione recata dall'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 (poi recepita nel T.U. 18 agosto 2000 n. 267, art. 13) che consente, appunto, la creazione di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale qualora si rendesse opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati. Avendo la

Cassazione interpretato l'indicata norma (esercizio a mezzo di società per azioni a capitale pubblico) come "gestione diretta" del servizio pubblico da parte dell'ente locale, la società, in tale ipotesi, costituisce un "organo indiretto" dell'Amministrazione, deputato all'esercizio del servizio pubblico (cfr., Cass.Civ., SS.UU., sent. n. 12221 del 1990).

Consegue a tale inquadramento non solo che l'affidamento dello svolgimento del servizio pubblico alla S.p.A. è un "*affidamento diretto*" ma anche che il rapporto tra ente locale e S.p.A. si svolge "nell'ambito di un modulo essenzialmente *pubblicistico*" (Consiglio di Stato, Sezione II, sent. n. 366 del 1996) atteso che la gestione del servizio, da qualificare come "pubblico", va reso alla collettività con la previsione di un corrispettivo, a carico degli utenti, teso ad assicurare l'equilibrio economico-finanziario della gestione stessa.

In ragione di quanto precede è da concludere che, nella specie: *a)* la detenzione assolutamente maggioritaria del capitale societario (art. 5, co.1, dello Statuto) - al momento della costituzione e successivamente - da parte degli indicati enti pubblici (Provincia di Trento e Bolzano, varie Amministrazioni Provinciali e Comunali del Trentino, del Veneto e della Lombardia); *b)* il divieto di trasferire le azioni intestate agli Enti Pubblici se non "*ad Enti che non siano già Soci se non con il consenso del consiglio di Amministrazione, il quale potrà concederlo soltanto in modo da garantire che gli Enti Pubblici partecipanti alla Società mantengano, per tutta la durata della concessione (...) la piena ed effettiva disponibilità di almeno il 60% del capitale azionario*" (art. 6, co. 3, dello Statuto); *c)* la sussistenza degli ulteriori, indicati parametri di evidente rilievo pubblico, ecc., comportano e giustificano la piena e indubbia sottoposizione della predetta società Autobrennero alla giurisdizione della Corte dei conti nella materia di responsabilità per danni, a nulla rilevando la natura privatistica di essa ovvero dello strumento contrattuale con cui fu costituito il rapporto tra i soci fondatori (in maggioranza, si ripete, enti pubblici) e la società (Cass. Civile, SS.UU., sent. n. 3899 del 2004).

In base alle esposte considerazioni va, pertanto, respinta l'eccezione del difetto di giurisdizione di questa Corte nella materia oggetto del presente giudizio.

2. Nel merito, la Sezione è chiamata a pronunciarsi sulla eventuale responsabilità dei convenuti, come sostenuto dal Procuratore Regionale, per avere essi arrecato un ingente danno patrimoniale alla "Autostrada del Brennero S.p.A." a causa di un costosissimo contenzioso

giudiziario conseguente al loro colposo comportamento.

Più in particolare, l'organo requirente contesta ai medesimi convenuti di avere esteso e rinnovato la verifica dell'anomalia delle offerte anche nei confronti delle imprese graduate *sotto* la soglia di anomalia verso le quali, peraltro, non sussisteva alcuna giuridica necessità e/o ragione.

2.1 Al riguardo rammenta il Collegio che l'art. 21, comma 1 *bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. *legge Merloni*), richiamato dal bando di gara indetto per l'appalto dei lavori indicati in premessa, dispone che *“nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'art. 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta.*

Il bando o la lettera di invito devono precisare le modalità di presentazione delle giustificazioni(....). Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità della offerta, il concorrente è chiamato ad integrare i documenti giustificativi ed all'esclusione potrà provvedersi solo all'esito della ulteriore verifica, in contraddittorio”.

L'art. 30, comma 4, della direttiva 93/37/CEE citato dal testè menzionato art. 21 della legge n. 109 del 1994, dispone che *“se per un determinato appalto le offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poterle rifiutare, richiede per iscritto le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite”.*

La interpretazione letterale di entrambe le norme, peraltro di non difficile intelligibilità, pone in evidenza che la individuazione dell'offerta anomala va operata in applicazione di criteri

predeterminati per legge: criteri che impongono alla stazione appaltante di fissare in via preliminare la soglia di anomalia delle offerte, in conformità agli indici specificati nel D.M. 28 aprile 1997 per il 1997, sostituito dal D.M. 28 dicembre 1997 per il 1998, e di procedere in contraddittorio con l'impresa alla ulteriore verifica dell'offerta, prima di poterla rifiutare.

Nel caso in esame la stazione appaltante, esaurita la verifica e decisa l'esclusione delle offerte anomale, ha inopinatamente esteso e rinnovato l'accertamento di verifica *anche* nei riguardi delle offerte graduate *al di sotto della soglia* di anomalia mentre avrebbe dovuto, invece, deliberare l'aggiudicazione della gara secondo il criterio del massimo ribasso sull'elenco prezzi.

Questo atipico ed inconsueto comportamento è stato oggetto di impugnativa innanzi al giudice della legittimità e puntualmente censurato non soltanto dal T.R.G.A. di Trento - con la sentenza n. 116/99 del 1999 - ma anche dal Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1267/99 del 1999, nella parte in cui è affermata l'illegittimità della verifica dell'anomalia delle offerte della "Freyssinet France Nord", dell'A.T.I. Italstrade S.p.A. e dell'A.T.I. Bilfinger e Berger S.p.A., collocate *al di sotto* della soglia di anomalia.

Tale verifica, viziata anche da evidente illiceità, è stata concretata mediante le due proposte (rispettivamente, in data 6 e 27 agosto 1998) - a firma dell'avv. Christian ZIERNHOLD e dell'ing. Angelo VILLA e recanti il "visto" del direttore generale ing. Konrad BERGMEISTER - indirizzate al Presidente dell'Autobrennero dott. Ferdinand WILLEIT:

1) con la prima fu proposto non solo di dichiarare l'anomalia delle offerte presentate dalla "A.T.I. Grassetto S.p.A." e dalla "A.T.I. Alpine Bau Gest" - e di revocare l'aggiudicazione disposta dalla commissione di gara nei confronti della prima società - ma, altresì, di assoggettare a verifica *anche* le offerte presentate dalle rimanenti, succitate tre imprese in relazione ad una eventuale ipotesi di anomalia;

2) con la seconda fu proposto di dichiarare: *a)* anomale *anche* le offerte presentate dalla "Freyssinet France Nord" e dall'A.T.I. Italstrade S.p.A.; *b)* giustificata quella formulata dall'A.T.I. Bilfinger e Berger S.p.A. e di aggiudicare a quest'ultima società i lavori in questione.

Entrambe le proposte - come si è detto - furono integralmente condivise ed accettate dal Presidente dell'Autobrennero con le proprie, rispettive determinazioni n. 645/98 e n. 695/98.

Questo *modus procedendi* ed i relativi atti, non giustificati ma anzi in contrasto con la

limpida normativa in materia, sono *ex se* chiaramente sintomatici di comportamenti *contra legem* eppertanto connotati (a non voler ipotizzare il dolo) da *colpa grave* per la palese, macroscopica inosservanza sia delle puntuali disposizioni legislative *ad hoc* sia dei successivi, consolidati criteri elaborati dalla giurisprudenza; comportamenti che denotano, altresì, negligenza, leggerezza e manifesta incuria dei pubblici interessi, in difformità dal lineare e trasparente “servizio” alla collettività nel fare oculato impiego delle pubbliche risorse e, pertanto, causativi del fatto dannoso.

E' proprio questo singolare modo di agire dei convenuti - da riconoscere, è il caso di ripeterlo, come gravemente colposo alla stregua dell'art. 3, comma 1, della legge 20 dicembre 1996, n. 639 - ad aver determinato la inevitabile conseguenza di un costoso contenzioso giudiziario (due sentenze del T.R.G.A. di Trento, due sentenze del Consiglio di Stato ed un'ordinanza della Corte di Cassazione), oltre al risarcimento dei danni a favore della “Freyssinet France Nord” ed alla liquidazione delle maggiori somme in favore della “A.T.I. Bilfinger e Berger”: esborsi, tutti, di notevole importo a carico dell'Autobrennero, come acclarato dal Requirente.

Inattendibili, perciò, appaiono gli argomenti difensivi formulati in proposito dai convenuti la cui responsabilità, per le considerazioni esposte, appare inequivocabile a carico dell'avv. ZIERNHOLD, dirigente il servizio legale, dell'ing. BERGMEISTER, direttore generale della società e del dott. WILLEIT, Presidente.

Quanto alle contro deduzioni all'atto di citazione opposte dall'ing. Angelo VILLA non sono tali da giustificare e/o sminuire la sua responsabilità, nella vicenda in esame, tranne che per la circostanza del suo, per così dire, più defilato ruolo di direttore tecnico di cui sarà tenuto conto nella determinazione della quota di danno, da porre a suo carico, in applicazione dell'art.1, co.1, ed 1 *quinquies* della legge n. 20 del 1994.

Non condivisibile, infine, per quanto innanzi detto, ed ultronea è la richiesta delle parti di sospendere il giudizio e rimettere gli atti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee ai sensi dell'art. 234 del Trattato CEE.

2.2 Accertato, in conformità della richiesta del Procuratore regionale, in complessivi euro 1.169.499,96 l'importo del danno, questa Sezione ritiene di fare, tuttavia, ampio uso del potere di riduzione dell'addebito previsto dall'art. 52 del T.U. 12 luglio 1934, n. 1214 (riprodotto dall'art. 1/*bis* della legge n. 20 del 1994, come modificato dal D. L. n. 543 del 1996, convertito in legge n.

639 del 1996), in considerazione delle circostanze soggettive ed oggettive che i convenuti non risultano aver tratto alcun profitto a titolo personale dalla vicenda in esame e che, per quanto consta, non si rinvencono analoghi precedenti sfavorevoli a loro carico.

Di conseguenza, tenuto conto dell'apporto causale di ciascuno di essi alla determinazione del danno stesso, il Collegio riduce a complessivi euro 850 mila l'ammontare del risarcimento, di cui: euro 250 mila a carico di ciascuno dei convenuti WILLEIT, BERGMEISTER e ZIERNHOLD ed euro 100 mila a carico del VILLA.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale per il Trentino Alto Adige con sede in Trento, respinta ogni altra eccezione,

afferma

la propria giurisdizione nella vicenda oggetto del presente giudizio e

CONDANNA i signori:

- dott. **WILLEIT** Ferdinand, nato a Fortezza (BZ) il 14 settembre 1938;
- avv. **ZIERNHOLD** Christian, nato a Bergamo il 13 settembre 1952;
- ing. **BERGMEISTER** Konrad, nato a Bressanone (BZ) il 19 aprile 1959, al pagamento in favore della "Autostrada del Brennero S.p.A." della somma di euro **250.000,00 (duecentocinquantamila/00) ciascuno;**
- ing. **VILLA** Angelo, nato a Sassuolo (MO) il 18 giugno 1954, al pagamento della somma di euro **100.000,00 (centomila/00).**

Dette somme sono comprensive di interessi legali e rivalutazione monetaria, salvo quelli dovuti dal deposito della presente sentenza fino all'integrale soddisfo.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in euro 1.647,34 (diconsi euro milleseicentoquarantasette/34 da ripartire in parti uguali tra i convenuti.

Così deciso in Trento, nella Camera di Consiglio del 1° giugno 2006.

L' ESTENSORE (Vittorio VISCA) IL PRESIDENTE (Ignazio de MARCO)

Depositata in Segreteria il 18 luglio 2006

IL DIRETTORE DELLA SEGRETERIA (dott.ssa Livia BOSETTI)

