



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**IL TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**  
**DEL TRENINO-ALTO ADIGE - SEDE DI TRENTO**

ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n. **86** del **2007** proposto da **RASS BAR s.a.s. di Morelli Sandro & C.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Perego e Maria Cristina Osele ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Perego in Trento, via Suffragio, 46;

**C O N T R O**

la **PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO**, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Alessio Falferi e Giuliana Fozzer ed elettivamente domiciliata presso la sede dell'Avvocatura della Provincia in Trento, Piazza Dante, 15;

**e nei confronti di**

**BAR CENTRONORD**, impresa individuale di Scola Giuseppe, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Giacomelli ed elettivamente domiciliata presso il suo studio legale in Trento, via San Marco, 21;

**per l'annullamento**

del verbale di gara n. 512 di data 15 gennaio 2007 con il quale è stata disposta l'esclusione dell'offerta della ricorrente dalla gara

d'appalto per il servizio di gestione dello spaccio interno alla sede della Provincia autonoma di via Gilli, 4 a Trento (Centro Nord 3), nonché di tutti i documenti presupposti, atti endoprocedimentali, consequenziali e connessi, con diritto al risarcimento dei danni subiti e subendi per effetto di tale illegittimo provvedimento e della conseguente esclusione dell'offerta della ricorrente Rass Bar s.a.s.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 18 ottobre 2007 - relatore il consigliere Alma Chiettini - l'avvocato Maria Cristina Osele per la ricorrente, l'avvocato Alessio Falferi per l'Amministrazione resistente e l'avvocato Antonio Giacomelli per il controinteressato;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## **F A T T O**

1. Con bando di gara di data 15 dicembre 2006 (prot. 8910/36/06) la Provincia di Trento ha indetto un'asta pubblica per l'affidamento del "*Servizio di gestione dello spaccio interno della sede di via Gilli, 4 a Trento (Centro Nord 3)*". La durata del contratto era prevista per cinque anni (dal 20 febbraio 2007 al 19 febbraio 2012) e il criterio di aggiudicazione consisteva nell'offerta economicamente più vantaggiosa, calcolata al cinquanta per cento secondo criteri tecnici e al cinquanta per cento secondo quello economico della maggiore

percentuale di rialzo rispetto al canone annuo di concessione posto a base d'asta. Alla gara si sono presentate cinque imprese. Tre offerte sono state escluse dalla Commissione di gara in sede di preventivo esame della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà. Tra le escluse, l'impresa ricorrente, la ditta RASS Bar s.a.s. di Sandro Morelli & C. In ordine all'esclusione, nel verbale di gara di data 15 gennaio 2007, n. 512, al punto d4) si legge: - *di dare atto che si esclude ... l'impresa RASS Bar s.a.s. di Morelli Sandro & C. in quanto al punto 10) della dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa, come richiesto dal bando di gara, si dichiara "che l'impresa nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando non ha reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara", contrariamente ai fatti...*".

2. Con atto notificato il 15 marzo 2007 e depositato il 3 aprile 2007 la società RASS Bar ha chiesto l'annullamento del punto 10 del verbale di gara n. 512, l'ammissione della ricorrente alla gara d'appalto, nonché *"il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno ingiusto e per perdita di chance in forma specifica"*.

La ricorrente ha dedotto i seguenti vizi:

- I. *"violazione del punto 10 (concernente le false dichiarazioni) del bando di gara di data 15 dicembre 2006"* quale lex specialis della gara;
- II. *"violazione del principio di concorrenza e del principio di buon andamento della pubblica amministrazione"* per aver escluso

l'offerta economicamente più conveniente per l'Amministrazione tra quelle presentate in sede di gara;

- III. *“violazione dell'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e della legge provinciale 30 novembre 1992, n. 23 per esclusione irragionevole, infondata e contraddittoria”* rispetto al comportamento tenuto dalla stessa Provincia nel corso del precedente appalto;
- IV. *“eccesso di potere per manifesta ingiustizia, irragionevolezza, travisamento dei fatti e contraddittorietà manifesta”*, dato che la Provincia, dopo l'esclusione dalla precedente gara, aveva comunque concluso un contratto con la stessa impresa RASS Bar s.a.s., ancorché limitatamente alla durata di un anno.

La ricorrente ha, altresì, chiesto in via cautelare la sospensione del provvedimento impugnato.

3. La Provincia autonoma di Trento si è tempestivamente costituita in giudizio, sollevando eccezioni di inammissibilità del ricorso e chiedendone la reiezione perchè infondato.

4. Con memoria depositata in data 6 ottobre 2007 si è costituita anche la ditta individuale Bar Centro Nord di Scola Giuseppe, controinteressata, risultata aggiudicataria dell'asta pubblica a seguito del verbale in contestazione, egualmente chiedendo che il ricorso sia disatteso.

5. Con ordinanza n. 33/2007, adottata nella camera di consiglio del 19 aprile 2007, è stata accolta la domanda cautelare e disposta la sospensione dell'esclusione dell'offerta della ricorrente.

6. L'ordinanza è stata impugnata innanzi al Consiglio di Stato, ma l'Amministrazione appellante, venuta a conoscenza della fissazione da parte di questo Tribunale della discussione nel merito, ha rinunciato all'interposto appello.

7. Nei termini di rito sia la ricorrente che l'Amministrazione hanno presentato memorie a sostegno delle proprie conclusioni.

8. All'udienza pubblica del 18 ottobre 2007 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## **DIRITTO**

1. In via preliminare l'Amministrazione provinciale ha eccepito l'irricevibilità del ricorso per tardività del deposito. Essendo stato notificato il 15 marzo 2007 e depositato il 3 aprile 2007, il ricorso non sarebbe rispettoso del termine ridotto di cui all'articolo 23 *bis*, comma 2, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Tale eccezione non ha pregio. Sullo stesso tema questo Collegio si è recentemente espresso con la sentenza n. 130 del 2007. In quell'occasione il Tribunale *“condivideva e faceva proprie le perspicue osservazioni cui è pervenuta la VI sezione del Consiglio di Stato”* (cfr. la decisione 26.11.2006, n. 6835), affermando che, nel rito abbreviato di cui all'art. 23 *bis* della legge n. 1034 del 1971, *“occorre necessariamente avere riguardo, per il decorso del termine per il deposito del ricorso, al momento in cui la notificazione si sia perfezionata per il destinatario ogni volta in cui la notificazione avvenga a mezzo del servizio postale, e dunque sia intervenuta in momenti diversi per l'autore e per il destinatario della stessa*

*notificazione. E' infatti necessario che la notificazione possa considerarsi perfezionata nello stesso momento per l'autore e per il suo destinatario al fine di avere una data unica (e non mobile) da cui decorrano i termini per i successivi adempimenti processuali".* Nella fattispecie, la notificazione alla Provincia è avvenuta il 15 marzo 2007, mentre quella al controinteressato è stata effettuata a mezzo del servizio postale con raccomandata AR, ricevuta da questi il successivo 21 marzo 2007: da questa data ha dunque inizio la decorrenza del termine dimidiato per il deposito del ricorso, che risulta nella specie rispettato.

2. Si deve anche disattendere l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività sollevata con riguardo al fatto che sarebbe stato in questa sede impugnato il precedente annullamento dell'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di gestione dello spaccio interno del Palazzo Istruzione.

In proposito deve rilevarsi che l'istante ha invero impugnato esclusivamente la successiva esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di gestione dello spaccio interno Palazzo Centro Nord 3, bandita nel dicembre 2006, sollevando censure attinenti a quest'ultima esclusione.

Non giova per questo aspetto a sorreggere l'opposta eccezione la circostanza che la ricorrente contesti l'insussistenza di ogni precedente dichiarazione mendace già posta a fondamento del disposto intervento in via di autotutela. Tale vicenda è stata, invero, in questa sede rappresentata al solo scopo di contestare l'esclusione

disposta nella seconda gara, il che acclara all'evidenza che, in disparte restando il diverso problema della cognizione di essa nel presente giudizio, alcun surrettizio intento è in ciò da ravvisarsi nei confronti del precedente annullamento che, quanto alla relativa gara, e ad essa soltanto, si è ormai consolidato nei confronti della deducente.

3. Ancora, sempre in via preliminare, il Collegio ritiene che sussista l'interesse della parte al ricorso. L'utilità concreta che l'interessato persegue consiste nel risultato utile che può derivargli dall'esito positivo del processo qui intentato.

Solo il soggetto legittimamente escluso o non ammesso ad una pubblica gara per l'assenza dei requisiti di partecipazione non ha interesse all'impugnazione della successiva aggiudicazione in quanto non può trarre alcun vantaggio dall'annullamento degli atti di gara (vedasi, recentemente, Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 8.1.2007, n. 16). Inoltre, anche se non è possibile provare che, dalla rinnovazione del procedimento di gara, la società ricorrente possa ottenere la futura aggiudicazione, ciò non determina alcuna carenza di interesse all'annullamento della propria esclusione in presenza della *chance* di partecipare all'indetta competizione e dunque di una ragionevole *res sperata* nella futura aggiudicazione; il che è per converso apprezzabile non soltanto sul piano 'morale', ma anche e forse soprattutto su quello assai più concreto della definitiva eliminazione di una causa di esclusione destinata a perpetuarsi nel tempo, laddove non fosse radicalmente dissipato nella presente sede

giurisdizionale il dubbio sulla previa dichiarazione non veritiera, come eloquentemente dimostra proprio la vicenda allo stato all'esame.

4. Definite come precede le sollevate questioni in rito giova riassumere, prima di passare alla definizione delle censure introdotte, i principali fatti della precedente vicenda intervenuta tra la società del Morelli e l'Amministrazione provinciale.

Con precedente bando di gara di data 31 agosto 2006 la Provincia di Trento aveva indetto asta pubblica per l'affidamento del "*Servizio di gestione dello spaccio interno della sede di via Gilli 3, a Trento (Palazzo Istruzione)*". La durata del contratto era prevista in cinque anni e il criterio di aggiudicazione consisteva nella maggiore percentuale di rialzo rispetto al canone annuo di concessione posto a base d'asta. Alla gara si era presentata quale unica concorrente l'impresa RASS Bar s.a.s. di Sandro Morelli & C. che, in data 19 settembre 2006, veniva dichiarata aggiudicataria nelle more della verifica dei requisiti. Il rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana è stato riscontrato dall'Amministrazione presso l'Agenzia delle Entrate – Ufficio di Cles, il quale certificava (con tre note rispettivamente di data 20, 25 e 30 ottobre 2006) che, dalle risultanze del sistema informativo dell'anagrafe tributaria - per effetto di una comunicazione del concessionario per la riscossione dei tributi per la Provincia di Trento ricevuta il 19 ottobre 2006 - risultavano due cartelle di pagamento relative a pendenze per "*omesso o insufficiente pagamento dell'imposta di registro su canone di abbonamento*

*radioaudizioni*". Certificava, altresì, che si trattava di una *"tassa di concessione governativa periodica per l'impiego di apparecchiature terminali per il servizio radiomobile pubblico terrestre di telecomunicazione"*. In data 2 novembre 2006 l'Amministrazione provinciale comunicava al Morelli l'avvio del procedimento di esclusione dall'aggiudicazione del servizio. L'interessato versava gli importi dovuti all'Esattore il 3 novembre 2006 e trasmetteva all'Amministrazione provinciale copia delle due cartelle quietanzate. In data 12 dicembre 2006 l'Ente procedeva, tuttavia, all'annullamento dell'aggiudicazione della gara d'appalto. Nel frattempo, per garantire il servizio di ristorazione presso il Palazzo Istruzione, tra l'Amministrazione provinciale e l'impresa RASS Bar si stipulava a trattativa privata, e in via transitoria per il periodo di un solo anno, un contratto per la gestione di quello spaccio interno.

5. Venendo ora al merito della controversia, occorre muovere dal provvedimento di esclusione dalla seconda gara, che è stato fondato sull'assunta non veridicità della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, resa ai sensi dell'articolo 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, la quale attesta che *"L'impresa nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando non ha reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara"*.

La Commissione di gara non ha ritenuto veritiera tale dichiarazione allegando l'esistenza della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, sempre resa ai sensi dell'articolo 47 del D.P.R. n. 445 del 2000,

presentata nella prima gara, conclusasi con l'annullamento dell'aggiudicazione, nella quale l'istante aveva del pari affermato che *“L'impresa non ha commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana...”*.

La prima dichiarazione non aveva, tuttavia, trovato positivo riscontro presso l'Amministrazione, che ha dunque reiterato avverso la ricorrente quanto in precedenza accertato presso l'Agenzia delle Entrate, che, come sopra ricordato, aveva dato conto di due pendenze relative ad un'imposta di registro su canone di abbonamento radioaudizioni.

Avverso detto rinnovato rilievo la ricorrente invoca a suo favore l'indirizzo della giurisprudenza comunitaria, che riconosce la possibilità di regolarizzazione di contributi previdenziali e di imposte e tasse successivamente all'aggiudicazione, a condizione che sia provato, entro il termine a tal fine stabilito, di aver beneficiato di misure di condono fiscale o di sanatoria, o di un concordato, od ancora di aver presentato ricorso amministrativo o giurisdizionale.

La deducente non manca, poi, di porre in luce la peculiarità del caso in esame sia per l'esiguità della somma dovuta (poco più di € 340) sia *“perché i termini per l'effettuazione del pagamento - della tassa di concessione governativa - erano ancora aperti ed il versamento è stato accettato con effetto estintivo del debito”*.

Sotto altro profilo ella insiste, poi, nell'affidamento che si sarebbe costituito in suo favore in dipendenza dell'atteggiamento della

Provincia a seguito della decisione di procedere alla stipula di un contratto - anche se a trattativa privata e per la durata di un solo anno - con la stessa ricorrente e per lo stesso spaccio oggetto della gara annullata, il che aveva ai suoi occhi obiettivamente assunto il significato dell'accoglimento delle giustificazioni fornite *“circa la propria piena regolarità fiscale”*.

Nella sua difesa l'Amministrazione provinciale, cui si associa quella della controinteressata, oppone al contrario che la determinazione di annullamento dell'aggiudicazione della prima gara, rimasta inoppugnata, costituirebbe - per i fatti ivi riportati - una statuizione definitivamente preclusiva nei confronti del Morelli e consolidatasi nei suoi confronti, rispetto alla quale alcuna ulteriore contestazione potrebbe muoversi, ancorché in una diversa e successiva gara e sulla scorta di una nuova dichiarazione sostitutiva di atto notorio.

A suo avviso, infatti, *“consolidati sono gli accertamenti nella determinazione contenuti e, in particolare, quanto verificato in ordine al mancato possesso in capo all'impresa del requisito relativo alla regolarità fiscale, alla data della dichiarazione resa in sede di gara, contrariamente a quanto dichiarato in occasione della gara medesima”*.

Tale ordine d'idee è privo di pregio giuridico e deve essere disatteso.

Premette al riguardo il Tribunale che la materia dei contratti rientra nella competenza legislativa primaria della Provincia autonoma, esercitata in relazione alle competenze statutarie in materia di organizzazione e di ordinamento (art 8, n. 1, dello Statuto e art. 117,

quarto comma, della Costituzione in applicazione dell'articolo 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001).

Detta competenza è stata esercitata con la legge provinciale 19 luglio 1990, n. 23, come modificata dalla legge provinciale 24 ottobre 2006, n. 8, che però ha solo parzialmente introdotto nell'ordinamento provinciale i principi contenuti nella legislazione statale di recepimento delle direttive europee e, per quanto qui interessa, il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 di attuazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi.

Tale normativa va quindi necessariamente integrata con i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato e dell'Unione europea anche perché, come ha bene sintetizzato recentemente il Consiglio di Stato, *“la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'articolo 81 del Trattato CE porta a ritenere che queste norme siano puramente applicative di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per i contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; da qui l'immediata operatività dei principi anche agli appalti sottosoglia e ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese”* (cfr. Sez. VI, 30.1.2007, n. 362).

In particolare, nel caso *sub iudice* risultano deducibili i principi della concorrenza, di proporzionalità, della non discriminazione fra le imprese e, in particolare, dell'effetto utile che, tramite le giurisdizioni

nazionali, deve essere assicurato alle norme dell'ordinamento comunitario che devono garantire una tutela effettiva dei diritti e degli interessi dei partecipanti alle procedure di gara e che possono autorizzare il Giudice alla disapplicazione "*delle clausole dei bandi di gara ove ritenute indebitamente restrittive del criterio di massima partecipazione delle gare pubbliche, che costituisce diretto corollario dei principi comunitari ... nonché dei principi costituzionali nazionali di libertà di iniziativa economica, d'imparzialità e di buon andamento dell'Amministrazione, mediante la selezione della miglior offerta ... al prezzo più conveniente per l'Amministrazione stessa*" (cfr. TAR Lombardia, sez. III, ordinanza 8.8.2000, n. 234).

Chiarito quanto precede, va gradatamente rilevato che il testo della dichiarazione sostitutiva di atto notorio presentata alla Commissione di gara era testualmente previsto nel relativo bando e la disposizione riprende formule già contenute nell'articolo 75, comma 1, lettera h), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e nell'articolo 12 del Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, come novellato dall'articolo 10 del Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 65, il quale, a sua volta, ha recepito l'articolo 29 della direttiva 92/50/CEE.

Detta disposizione prevede, tra le cause di esclusione, l'aver "*reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara*": il che è stato dunque ritenuto sussistente, e come tale ostativo al conferimento del previsto incarico a favore della ricorrente, in quanto, nel procedimento di gara precedente, l'Agenzia delle Entrate aveva attestato la sussistenza di

un credito per una tassa di concessione governativa ed un'imposta di registro rimaste inevase.

Prima di esaminare la detta censura occorre prendere posizione sull'obiezione che per questo aspetto muove la Provincia, allegando la sua inammissibilità per non essere stata, la stessa questione, tempestivamente contestata in sede giurisdizionale avverso l'annullamento della prima gara.

Pare di comprendere che, ad avviso della resistente, l'inoppugnabilità assunta dalla relativa determinazione, peraltro incoerentemente seguita dalla stipula di un contratto per lo stesso servizio di durata annuale, avrebbe il vigore di una sorta di "*giudicato interno*" costituitosi tra le parti, cui sarebbe ineluttabilmente astretta l'odierna ricorrente, asseritamente priva della facoltà di contestarne il fondamento in virtù della pregressa decadenza da tale diritto di azione.

Detto assunto, a parere del Collegio, può essere soltanto parzialmente condiviso e va invece disatteso quanto all'ordine di conseguenze che dallo stesso si deducono.

Il vero è, infatti, che l'inerzia serbata dalla deducente avverso l'annullamento in via di autotutela della prima aggiudicazione ha prodotto l'effetto di consolidare sul piano formale detta statuizione in rapporto alla gara in cui la relativa dichiarazione sostitutiva di atto notorio è stata resa.

Non è invece condivisibile il fatto che, in ordine alla stessa osservazione di allegata irregolarità fiscale, opposta come preclusiva

alla partecipazione ad una diversa ed autonoma gara, l'istante sia ritenuta priva della facoltà di contestarne il fondamento, ovviamente nei soli limiti della gara in corso di svolgimento e senza alcun ulteriore riferimento a quella anteatta.

Se si accedesse a quest'ordine d'idee sarebbe, infatti, arbitrariamente sottratta alla ricorrente la facoltà di richiedere la tutela in sede giurisdizionale costituzionalmente garantita a fronte di una rinnovata manifestazione del potere di cui è titolare l'Amministrazione che, nel far nuovamente proprio il precedente orientamento, ne rinnovi gli effetti pregiudizievoli con riguardo a vicenda totalmente diversa dalla prima, della quale si contesta la reiterata motivazione illegittima.

Se il potere si esprime, infatti, in un perenne divenire, la contestazione dei fatti e degli apprezzamenti che siano reiterati nel tempo con modalità non meramente confermative resta per conseguenza costantemente proponibile davanti al Giudice, senza che alcuna preclusione possa trarsi da vicende precedenti ed ormai definitivamente conchiusesi per il decorso del termine di decadenza apertosi nei confronti delle statuizioni che ne siano state espressione.

Ove, tuttavia, detta conclusione fosse esclusa, il che non si reputa peraltro accreditabile per le ragioni sopra esposte, la ridetta statuizione, avente ad oggetto l'annullamento della prima aggiudicazione, dovrebbe essere comunque disapplicato, in quanto affetto da un vizio di genesi comunitaria, ad onta della sua pacifica,

acquisita inoppugnabilità.

Per questo aspetto non può, infatti, che positivamente valutarsi l'affidamento ingeneratosi in capo alla deducente in ordine alla successiva rimediazione della vicenda da parte della Provincia, resa manifesta dalla successiva contrattazione per un incarico a trattativa privata per lo stesso servizio anche se di sola durata annuale. Detto atteggiamento dell'Amministrazione ha ragionevolmente indotto in errore la deducente, la quale si è fondatamente persuasa che la questione fosse stata superata. L'aver appreso solo in occasione della seconda gara che la Provincia manteneva, all'opposto, l'identica valutazione negativa sulla pregressa vicenda, ha privato dunque l'interessata di ogni possibilità di reazione in sede giurisdizionale per un fatto addebitabile direttamente al comportamento della Provincia e conseguentemente si traduce in una palese violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Soccorre questa tesi l'orientamento della Corte di giustizia in base al quale *“si può affermare che il comportamento mutevole dell'Autorità aggiudicatrice, vista l'esistenza di un termine di decadenza, ha reso eccessivamente difficile per l'offerente leso l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento giuridico comunitario”* (cfr. Corte di Giustizia CE, Sezione Sesta, 27 febbraio 2003, C-327/00, Santex S.p.A.), con conseguente, immediata possibilità per il giudice nazionale di disapplicare un provvedimento formalmente inoppugnato per rendere effettivo il richiamato principio generale.

Se deve reputarsi quindi ammissibile per entrambe le suesposte argomentazioni l'impugnazione dell'esclusione dalla seconda gara, la definizione nel merito della censura avverso l'assunta falsa dichiarazione della deducente in ordine alla propria pregressa situazione di regolarità fiscale non può che prendere le mosse dalla stessa tipologia della tassa sulle concessioni governative cui al D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 641 e, in particolare, all'articolo 21 del D.M. 28 dicembre 1995, che ne stabilisce l'ammontare per la "*licenza o documento sostitutivo per l'impiego di apparecchiature terminali per il servizio radiomobili pubblico terrestre di comunicazione*", tassa per la quale, innanzitutto, non è prevista alcuna procedura formale di accertamento, ma di mera riscossione tramite cartella esattoriale.

Sotto un primo profilo si sarebbe potuto sul piano meramente letterale ipotizzare che facesse nella specie difetto il requisito prescritto dal bando, che si riferiva ad imposte e tasse "*definitivamente accertate*". Alla detta considerazione poteva essere soggiunto il rilievo che tale imposta di registro è sì contrassegnata dallo stesso *nomen iuris* di quelle in via generale indicate nella stessa prescrizione del bando, ma che essa non rientrasse, tuttavia, nella generale tipologia delle "*imposte e tasse*", che sono accomunate, oltre che da un formale accertamento tributario in ordine alla loro sussistenza e congruità, dal fatto di essere tangibile indice del costante e regolare assolvimento degli obblighi tributari da parte di quanti si apprestino a contrarre con la Pubblica Amministrazione.

Sotto una diversa e più persuasiva prospettiva deve, poi, richiamarsi la disposizione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31.3.2004, n. 2004/18/CE, pubblicata sulla G.U.C.E. il 30.4.2004 ed entrata in vigore il 1.5.2004, che ha abrogato la precedente direttiva 18.6.1992, n. 92/50/CE e, in particolare, l'art. 45, che reitera per questo aspetto l'art. 29 di quest'ultima quanto alla situazione personale del candidato o dell'offerente, tracciando il quadro delle preclusioni soggettive alla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici, che sono rispettivamente di ordine direttamente cogente nei confronti delle stazioni appaltanti ovvero di facoltativa applicazione.

Fra le prime figurano: 1) la partecipazione ad un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2, paragrafo 1, dell'azione comune 98/773/GAI del Consiglio; 2) la corruzione, quale definita rispettivamente all'art. 3 dell'atto del Consiglio del 26 maggio 1997 ed all'art. 3, paragrafo 1, della medesima azione comune; 3) la frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela sugli interessi finanziari delle Comunità europee; 4) il riciclaggio di proventi di attività illecite, quale definito all'articolo 1 della direttiva 91/308/CEE del Consiglio del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite.

Fra quelle di applicazione facoltativa figurano: 1) lo stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione dell'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo; 2) un

procedimento in corso per la dichiarazione di uno stato di cui sub 1);  
3) la condanna passata in giudicato per un reato che incida sulla moralità professionale; 4) la commissione di un errore grave nella propria attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte di una stazione appaltante; 5) una situazione di irregolarità con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali; 6) identica situazione quanto al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del Paese dell'amministrazione aggiudicatrice; 7) la grave colpevolezza nel rendere false informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o nel non aver fornito dette informazioni.

Sulla scorta della richiamata disposizione, pacificamente applicabile *ratione temporis* alla gara in questione anche nell'ordinamento della Provincia autonoma, escluso che la mancanza riferita alla ricorrente integri una causa di obbligatoria esclusione dalla gara o di un cogente obbligo di annullamento di una previa aggiudicazione, deve affermarsi che, in disparte restando il necessario coordinamento tra i due ordinamenti, il quadro che se ne ricava è contrassegnato da una serie nominata di preclusioni, la cui gravità in rapporto alla potenziale contrattazione con le Amministrazioni pubbliche ed al rischio di una compromissione degli interessi pubblici da queste perseguito appare obiettivamente conclamata.

E' dunque sotto questo particolare aspetto che deve essere indagata la disposizione relativa all'assolvimento degli obblighi di pagamento di imposte e di tasse, al pari di quella del pagamento dei prescritti

contributi previdenziali e assistenziali e delle false dichiarazioni, da cui possa trarsi l'elemento soggettivo della grave colpevolezza del dichiarante.

Nel menzionato contesto è avviso del Collegio che la prescrizione in questione non possa che attenersi alla sussistenza di una globale regolarità sul piano tributario di ciascuna impresa partecipante alla gara quale eventuale futura contraente con la Pubblica Amministrazione, coincidente con la sottesa correttezza delle scritture contabili e del conseguente pagamento di ogni correlata prestazione imposta che si renda a tal fine dovuta, capace di accreditare anche sotto questo particolare aspetto una regolare gestione finanziaria e la conseguente solvibilità delle imprese. A tale stregua non sembra dunque che singole, isolate omissioni di assai contenuto rilievo, incapaci in quanto tali di reagire su tale globale situazione finanziaria, possano giustificare secondo l'antico brocardo *summus ius summa iniuria* la grave conseguenza dell'esclusione da una pubblica gara, tra l'altro di facoltativa applicazione nei singoli ordinamenti nazionali.

Per conseguenza, il mancato pagamento di una tassa di concessione governativa per l'abbonamento al servizio radioaudizioni non soltanto integra un episodio isolato nel tempo e peraltro di contenuto spessore economico, ma appare all'evidenza non riassumibile nel novero di quegli obblighi tributari ai quali si riferisce nella lettura del Collegio la garanzia della sicurezza di una futura contrattazione da parte della pubblica Amministrazione,

capace di manifestare la presumibile certezza dell'adempimento delle prestazioni convenute e di ogni altro obbligo connesso al contratto sottoscritto dopo il positivo esito di una procedura ad evidenza pubblica.

E che in concreto la sostanziale solvibilità anche sul versante tributario della ricorrente non fosse sotto alcun profilo infirmata è, del resto, dimostrata dalla puntuale circostanza che, a seguito dell'emissione delle ricordate cartelle esattoriali, è tosto seguito il pagamento con estinzione del relativo debito nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.

Avvalora la suesposta conclusione anche l'obiettivo rilievo che deve darsi alla lettera g) della menzionata direttiva 31.3.2004 n. 2004/18/CE, ove si riferisce con effetto altrettanto vincolante sulle stazioni appaltanti alla grave colpevolezza che deve evincersi dalle false dichiarazioni che possono essere richieste alle imprese partecipanti alle pubbliche gare. Il detto requisito soggettivo pare, infatti, altrettanto palesemente assente in una vicenda assimilabile ad una mera trascuratezza o dimenticanza nel dar corso ad un pur prescritto pagamento, peraltro del tutto estranee al concetto di una colpa rincarata, quale la suddetta direttiva stabilisce.

Soccorre, infine, al riguardo, anche l'indirizzo della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo in materia di pagamento di contributi previdenziali e di imposte e tasse, laddove ha affermato che la richiesta della rateazione di essi ovvero la pendenza di una contestazione circa la loro totale o parziale sussistenza non possono

essere assimilate ad una causa di esclusione dalla partecipazione ad una pubblica gara d'appalto (cfr. Corte di Giustizia CE, sezione I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04).

In conclusione deve dunque affermarsi che, con riferimento alla procedura ad evidenza pubblica in questa sede contestata, le argomentazioni svolte dalla Provincia e dalla controinteressata non possono essere condivise, in quanto la stazione appaltante non avrebbe potuto porre a fondamento della decretata esclusione il mancato pagamento delle due tasse di concessione governativa sopra ricordate, in quanto inassimilabili ad un inadempimento previsto dalla lettera f) del comma 2 dell'articolo 45 della ricordata direttiva, alla luce della loro obiettiva inidoneità ad indubitare la certezza della futura ed eventuale contrattazione con la ricorrente.

Il ricorso è dunque per quanto suesposto fondato, con assorbimento dei profili non riassumibili in quello sopra definito.

6. In ordine alla proposta domanda di risarcimento del danno osserva il Collegio che dall'accoglimento del presente ricorso consegue l'obbligo di riedizione della gara al fine di porre a raffronto le due offerte presentate, dando indi corso all'aggiudicazione del servizio alla stregua del parametro prescelto dell'offerta più vantaggiosa.

A fronte di tale obbligo, pienamente satisfattivo della pretesa avanzata in giudizio dalla deducente, non vi sono, allo stato, elementi certi che possano indurre ad una condanna al risarcimento del danno, quale necessariamente conseguirà nella sola ipotesi che, in caso di aggiudicazione all'istante, l'incarico non le sia poi affidato per

il previsto periodo contrattuale (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 14.5.2003, n. 4215; TAR Friuli Venezia Giulia, 10.2.2001, n. 44; TAR Puglia, Bari, sez. II, 17.1.2000, n. 169).

7. Per tutte le motivazioni espresse il ricorso va accolto nei limiti di cui in motivazione con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione impugnato e con l'obbligo a carico della Commissione di gara di procedere all'ammissione alla gara della società ricorrente, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti da adottarsi.

8. Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio nei confronti del controinteressato, mentre alla parte soccombente - tenuto conto della peculiarità della vicenda - sono compensate nella misura del trenta per cento. A tal fine condanna l'Amministrazione provinciale a corrispondere alla società Rass Bar s.a.s. di Morelli Sandro & C. la complessiva somma di € 6.200 (seimiladuecento), ivi compresi i diritti, gli onorari di difesa ed il contributo unificato, oltre a I.V.A. e C.P.A.

#### **P . Q . M .**

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. **86** del **2007**, lo **accoglie**.

Spese come da motivazione.

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

Così deciso in Trento, nella camera di consiglio del 18 ottobre 2007, con l'intervento dei Magistrati:

dott. Francesco Mariuzzo - Presidente

dott. Sergio Conti - Consigliere

dott.ssa Alma Chietini - Consigliere estensore

Pubblicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il  
giorno 13 dicembre 2007

Il Segretario Generale

dott. Giovanni Tanel