



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. **99** del **2008** proposto da **Radio Südtirol S.r.l. GMBH**, in persona del legale rappresentante sig.ra Anila Kupa, e da **Radio Sonnenschein GK S.a.s.**, in persona del legale rappresentante signor Walter Wiedenhofer, rappresentate e difese dagli avv.ti Antonella e Brizia Castrignanò ed elettivamente domiciliate presso la Segreteria del Tribunale in Trento, Via Calepina, 50

C O N T R O

la **Regione autonoma Trentino - Alto Adige / Südtirol**, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Ulrike Lobis ed elettivamente domiciliata presso l'Ufficio legale della Regione in Trento, Via Gazzoletti, 2

e nei confronti di

- **On Air S.r.l.**, titolare ed esercente di **Radio Südtirol 1**, in persona del legale rappresentante signor Heiner Feuer, rappresentata e difesa dagli avv.ti Hansjörg Pobitzer,

Stephan Vale e Claudio Failoni ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Trento, Via Grazioli, 106;

- **Radio 2000 GMBH**, in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio

per l'annullamento

1. della *"delibera della Giunta regionale della Regione autonoma Trentino - Alto Adige n. 36 di data 19.2.2008, avente ad oggetto l'aggiudicazione a trattativa privata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, della <Realizzazione di una serie di programmi radiofonici della Regione sull'emittente "Südtirol 1" di Bolzano, per migliorare la conoscenza della realtà regionale (euro 31.957,66 - cap. 342)>"*;
2. della *"delibera della Giunta regionale della Regione autonoma Trentino - Alto Adige n. 38 di data 19.2.2008, avente ad oggetto l'aggiudicazione a trattativa privata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, della <Realizzazione di una serie di programmi radiofonici della Regione sull'emittente "Radio 2000" di Brunico (euro 17.100,00 - cap. 342)>"*;
3. della *"successiva nota della Regione autonoma Trentino - Alto Adige dell'11.3.2008, prot. n. 40/US del Capo Ufficio Stampa, con cui la medesima ha comunicato alla Radio Sonnenschein l'impossibilità di*

- prendere in considerazione la sua domanda di partecipazione di data 29.01.2008"*;
4. *della "successiva nota della Regione autonoma Trentino - Alto Adige dell'11.3.2008, prot. n. 41/US del Capo Ufficio Stampa, con cui la medesima ha comunicato alla Radio Südtirol S.r.l. l'impossibilità di prendere in considerazione la sua domanda di partecipazione di data 29.1.2008"*;
 5. *delle "operazioni svolte, dei relativi verbali, della delibera e/o determinazione di indizione della trattativa privata (ove esistenti)"*;
 6. *"nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, ancorché incognito alle ricorrenti"*;
 7. *e "per la declaratoria di nullità, annullamento, inefficacia o caducazione degli effetti dei conseguenti contratti e/o incarichi, se nel frattempo stipulati, tra la Regione autonoma Trentino - Alto Adige e la Radio Südtirol 1 e tra la Regione autonoma Trentino - Alto Adige e la Radio 2000 GMBH, nonché per l'annullamento di ogni atto connesso"*;
 8. *"nonché per la condanna della Regione autonoma Trentino - Alto Adige al risarcimento del danno in forma specifica mediante rinnovazione della procedura nel rispetto delle regole della concorsualità e pubblicità e, in ogni caso, con ammissione delle ricorrenti"*;

9. e *"per l'accertamento del diritto delle ricorrenti al risarcimento del danno alla perdita di chance dovuta alla illegittima pretermissione dalla gara per l'affidamento dei servizi radiofonici per cui è causa nella misura che codesto Collegio riterrà di giustizia, eventualmente in via equitativa e nella misura del solo lucro cessante dovuto al ritardo della procedura ed alle spese aggiuntive sofferte"*.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società controinteressata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 15 gennaio 2009 - relatore il consigliere Alma Chiettoni - l'avv. Antonella Castrignanò per le società ricorrenti, l'avv. Ulrike Lobis per l'Amministrazione regionale resistente e l'avv. Armin Reinstadler in sostituzione dell'avv. Hansjörg Pobitzer per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

1. Le società ricorrenti gestiscono due radio private locali

altoatesine in lingua tedesca. Espongono, in fatto, di essere venute a conoscenza che la Regione autonoma Trentino - Alto Adige / Südtirol aveva intenzione di affidare la realizzazione di una serie di programmi radiofonici di informazione generale ad emittenti radio locali. Hanno pertanto presentato, rispettivamente in data 29 gennaio e 31 gennaio 2008, all'Amministrazione regionale una domanda di partecipazione corredata dalla relativa offerta tecnica ed economica.

In data 19 febbraio 2008, con due distinte deliberazioni, n. 36 e n. 38, la Regione ha affidato la realizzazione di una serie di programmi radiofonici rispettivamente a Radio Südtirol 1 di Bolzano e a Radio 2000 GMBH di Brunico, emittenti scelte a trattativa privata diretta senza alcun confronto concorrenziale. Con nota di data 11 marzo 2008 l'Amministrazione ha quindi comunicato alle ricorrenti che non era stato possibile prendere in considerazione nuove proposte in quanto per l'anno corrente la programmazione si era conclusa.

2. Con ricorso notificato in data 15 - 18 aprile 2008 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 28, le due società hanno collettivamente impugnato i due provvedimenti con i quali la Regione ha affidato la realizzazione dei programmi radiofonici, come indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento e deducendo i

seguenti motivi di censura:

I - *"violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 29 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 5, comma 3, della legge provinciale 19.7.1990, n. 23; errata valutazione dei presupposti; violazione e/o falsa applicazione dei principi nazionali e comunitari in materia di appalti pubblici"*. Le ricorrenti dopo aver evidenziato che il valore dei due contratti in essere ammonta rispettivamente ad € 31.597,66 e ad € 17.100,00 e il fatto che da alcuni anni la Regione affida il medesimo servizio di informazione, deducono che il valore dell'appalto sarebbe stato artificialmente frazionato;

II - *"violazione e/o falsa applicazione degli articoli 17 e 21 della legge provinciale 19.7.1990, n. 23, esulando le ipotesi tipiche in cui può farsi luogo alla trattativa privata senza pubblicazione del bando; violazione del principio del giusto procedimento, di imparzialità e di buona amministrazione di cui all'articolo 97 della Costituzione; ingiustizia manifesta, disparità di trattamento; violazione dei principi di ragionevolezza, par condicio, massima partecipazione, evidenza pubblica, trasparenza e concorrenza"*;

III - *"violazione dell'articolo 3 della legge 7.8.1990, n. 241; violazione dell'articolo 5 della legge regionale 31.7.1993, n. 13; violazione dell'articolo 21, comma 3, della legge provinciale 19.7.1990, n. 23; eccesso di potere per*

insufficiente motivazione e difetto di istruttoria in relazione alla carente enunciazione delle ragioni atte a giustificare la trattativa privata senza la previa pubblicazione del bando";

IV - "violazione dei principi nazionali e comunitari in materia di appalti pubblici e in particolare dei principi di par condicio, trasparenza, massima partecipazione ed evidenza pubblica; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 27 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 21, comma 5, della legge provinciale 19.7.1990, n. 23".

3. Con il ricorso è stata presentata istanza di risarcimento del danno in forma specifica, nonché per equivalente per quanto riguarda sia il lucro cessante che la perdita di *chance*.

Le ricorrenti hanno altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

4. La Regione autonoma Trentino - Alto Adige / Südtirol si è tempestivamente costituita in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso e chiedendone la reiezione perché infondato nel merito.

5. Alla camera di consiglio di data 8 maggio 2008, su richiesta delle istanti, l'esame della domanda cautelare è stato riunito al merito.

6. Alla pubblica udienza del 15 gennaio 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

D I R I T T O

1. Va disattesa, anzitutto, l'eccezione di inammissibilità del ricorso nei confronti di una delle società controinteressate e, cioè, di Radio 2000 GMBH, che non si è costituita in giudizio, sollevata dalla difesa della Regione per l'assunta nullità della notifica dell'atto introduttivo, posto che essa sarebbe stata effettuata da un Ufficiale giudiziario addetto all'Ufficio unico notifiche presso la Corte d'Appello di Napoli, sezione distaccata di Afragola, in difetto, peraltro, di certezza in ordine all'atto effettivamente notificato.

Sul problema relativo all'applicabilità nel processo amministrativo delle norme che regolano la ripartizione dei compiti tra i vari uffici ai quali sono addetti gli ufficiali giudiziari cui è demandata la notifica degli atti deve richiamarsi quanto chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la decisione 23.3.1982, n. 4. In quell'occasione è stato innanzitutto affermato che *"le norme regolanti la c.d. competenza degli ufficiali giudiziari, ma ... sembra più corretto parlare di ripartizione di attribuzioni ... devono trovare applicazione anche nella notificazione di atti riguardanti il processo amministrativo"*, e di conseguenza ribadito *"l'obbligo delle parti del processo amministrativo di avvalersi dell'opera di ufficiali giudiziari nel rispetto delle regole contenute nel D.P.R. 15.12.1959, n. 1229"* e, in particolare, degli artt. 106 e 107, che identificano l'ufficiale

giudiziario *"del luogo in cui la notifica deve essere eseguita o dell'autorità giudiziaria che conosce dell'affare cui si riferisce l'atto da notificare"*.

Ma dopo tali argomentazioni, il Giudice d'appello, fermo il principio generale di tassatività delle nullità processuali ricavabile dall'articolo 156 del c.p.c., ha statuito che la notifica effettuata per mezzo del servizio postale dall'ufficiale giudiziario incompetente per territorio non costituisce autonoma ragione di nullità della notifica da esso eseguita.

A fondamento di detta conclusione è stato, infatti, posto in evidenza che, in vicende del tipo considerato, tra ufficiale giudiziario competente e ufficiale giudiziario addetto ad altro ufficio esiste un'unica differenza, coincidente con il mittente del plico raccomandato, mentre la notifica viene completata dall'ufficio postale del luogo di residenza dell'intimato: il che autorizza ad affermare che *"la differenza esistente in concreto appare troppo tenue per poter fondare l'affermazione di difetto di elemento indispensabile al raggiungimento dello scopo"*.

Alla stregua del visto orientamento dell'Adunanza plenaria, che il Collegio fa proprio, la notifica del presente ricorso effettuata dall'Ufficiale giudiziario dell'Ufficio della Corte d'Appello di Napoli non induce l'opposta inammissibilità dell'atto introduttivo, avendo essa raggiunto lo scopo, com'è

comprovato dal deposito agli atti di tre avvisi di ricevimento, quanti sono gli intimati, consegnati agli stessi rispettivamente dagli uffici postali di Trento, di Bolzano e di Brunico e regolarmente sottoscritti per avvenuta ricezione. Per quanto concerne invece l'assunta, carente individuazione dell'oggetto della notificazione, come riportata sulla relata di notifica, basti osservare che la stessa, identica per i tre soggetti intimati, non ha impedito la regolare e tempestiva costituzione di due di essi, per cui il relativo rilievo va egualmente disatteso.

2. Così stabilita l'ammissibilità del ricorso anche nei confronti di Radio 2000 GMBH, pur in difetto della sua costituzione, può passarsi all'esame del merito.

2a. Due emittenti radio private altoatesine in lingua tedesca, Radio Südtirol S.r.l. GMBH e Radio Sonnenschein GK S.a.s., hanno impugnato le due deliberazioni con le quali la Regione autonoma Trentino - Alto Adige / Südtirol ha affidato la realizzazione di una serie di programmi radiofonici di informazione generale e di promozione alle emittenti Radio Südtirol 1 di Bolzano e Radio 2000 GMBH di Brunico, entrambe scelte a trattativa privata diretta senza alcun confronto concorrenziale.

Esse, rilevato il valore dei due impegni finanziari assunti dalla Regione con le controinteressate, rispettivamente di € 31.597,66 e di € 17.100,00 (comprensivi di I.V.A.), nonché

il fatto che il servizio di informazione regionale venga affidato da alcuni anni alle medesime emittenti, deducono, da un lato, che il valore dell'appalto sarebbe stato artificiosamente frazionato mentre, da altro lato, la violazione sia della normativa provinciale che disciplina le ipotesi in cui può farsi ricorso alla trattativa privata sia la violazione dei principi nazionali e comunitari in materia di concorrenza e di pubblicità nell'affidamento dei contratti.

2b. L'Amministrazione regionale - dopo aver ricordato che i contratti pubblici per l'affidamento di servizi per trasmissioni televisive sono espressamente esclusi dall'applicazione del codice dei contratti di cui al D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 - afferma che i due contratti sono stati stipulati nel rispetto di quanto disposto dall'art. 21, commi 2 e 4, della legge provinciale di Trento 19.7.1990, n. 23, la quale si applica all'attività dell'Ente Regione per il rinvio contenuto nell'art. 2 della legge regionale 22.7.2002, n. 2. Le disposizioni richiamate consentirebbero all'Amministrazione precedente di operare a trattativa privata e, qualora l'importo contrattuale non ecceda il valore di 41.300,00 €, di concludere il contratto *"mediante trattativa diretta con il soggetto o la ditta ritenuti idonei"*.

3. Osserva il Collegio che l'articolo 19 del D.Lgs. n. 163 del 2006 prevede espressamente che il Codice non si applichi ai contratti pubblici *"aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo,*

la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione da parte di emittenti radiotelevisive". In tal senso nel Considerando n. 25 della Direttiva 31.3.2004, n. 2004/18/CE si legge che "l'aggiudicazione ... in relazione a taluni servizi audiovisivi nel settore delle trasmissioni radiotelevisive, dovrebbe consentire di tenere conto di considerazioni di rilievo culturale e sociale che rendono inappropriata l'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti".

L'art. 27 del Codice afferma, tuttavia, espressamente che anche l'affidamento dei contratti aventi per oggetto servizi e forniture esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione di esso, debba aver luogo *"nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità"* e di quelli sanciti dall'art. 2, commi 2, 3 e 4, dello stesso Codice, ove è espressamente codificato, richiamando testualmente la L. 7.8.1990, n. 241, che le procedure e le attività in materia di contratti pubblici debbano espletarsi anche nel rispetto delle disposizioni di legge sul procedimento amministrativo.

In questi termini si era peraltro espressa da tempo la giurisprudenza amministrativa, la quale aveva già sussunto le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici all'interno dell'ampia categoria dei procedimenti amministrativi: e ciò sia in relazione alla volontà del

Legislatore di disciplinare con un sempre maggior numero di puntuali norme di azione il comportamento e la discrezionalità dell'Amministrazione nella conduzione delle relative procedure, sia per accordare una più effettiva tutela al privato. E', infatti, chiaro che i principi di evidenza pubblica e del corretto procedimento vadano applicati anche alle vicende non interessate dall'applicazione diretta delle direttive e del Codice dei contratti, posto che essi, *"esprimendo parametri destinati a governare in funzione omogeneizzatrice gli ordinamenti degli Stati membri"* (cfr. T.R.G.A. Trento, 8.11.2007, n. 173), trovano fondamento direttamente nel Trattato dell'Unione Europea, che ogni soggetto aggiudicatore è tenuto a rispettare in ragione della prevalenza, anche ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, del diritto comunitario sul diritto nazionale.

Sul punto, pare poi opportuno ricordare che *"la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato CE porta a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, 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; di qui l'immediata operatività dei principi di trasparenza, di non discriminazione, di parità*

di trattamento, anche agli appalti sottosoglia e ai contratti diversi dagli appalti, tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti" (cfr. C.d.S., sez. VI, 30.1.2007, n. 362). Infatti, il previo svolgimento di una gara, rispetto alla conclusione di un contratto pubblico, "ha la funzione di assicurare la par condicio tra tutti i potenziali interessati a contrattare con l'amministrazione e di consentire all'amministrazione stessa, mediante l'acquisizione di un pluralità di offerte, di contrattare alle condizioni più vantaggiose. Tra l'altro, la concorrenza tra tutte le imprese del settore, è un principio ormai valorizzato al massimo grado della normativa comunitaria, alla stregua della quale la scelta del contraente incontra in ogni caso i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza, imponendosi così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati" (cfr. C.d.S., sez. V, 4.3.2008, n. 889). Da tale ordine d'idee consegue che "gli enti aggiudicatari ... sono tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione ... in particolare, dato che tale principio implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire

all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che detto principio sia rispettato, obbligo consistente nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione" (Corte di Giustizia, sez. VI, 2.12.2000, n. 324).

Di conseguenza, le argomentazioni svolte dall'Amministrazione regionale, la quale ricorda che i contratti in questione sono espressamente esclusi dall'applicazione del codice dei contratti, perché aventi ad oggetto la realizzazione di una serie di programmi radiofonici, non hanno alcun giuridico pregio alla luce della loro incondizionata sottoposizione ai principi generali discendenti direttamente dal Trattato, nonché a quelli che tipicamente governano il procedimento amministrativo.

4. L'Amministrazione regionale rappresenta poi, sotto diverso aspetto, il fatto che i due provvedimenti all'esame rientrerebbero nelle ipotesi di cui alle lettere b) e c) del comma 2 dell'art. 21 della citata legge provinciale n. 23 del 1990, le quali ammettono il ricorso alla trattativa privata rispettivamente nel caso di *"prodotti fabbricati a puro scopo di ricerca, di prova, di studio o di messa a punto"* e di *"fornitura di servizi la cui natura rende impossibile l'espletamento di pubbliche gare"*.

In proposito rileva il Collegio in linea generale che il richiamato art. 21 disciplina l'istituto della "*trattativa privata*", prevedendo la possibilità di concludere il contratto con tale sistema in una serie nominata di casi che essenzialmente si riconducono alle ipotesi di cui all'art. 24 della legge 11.2.1994, n. 109, in materia di lavori pubblici, all'art. 9 del D.Lgs. 24.7.1992, n. 358, per gli appalti di forniture e all'articolo 6 del D.Lgs. 17.3.1995, n. 157, per gli appalti di servizi. In dette ipotesi è prescritto, peraltro, che previamente alla conclusione del contratto occorra esperire un confronto concorrenziale tra almeno tre persone o ditte.

Per unanime giurisprudenza, la trattativa privata dovrebbe essere comunque un criterio di selezione dei concorrenti di natura meramente residuale, perché la necessità di applicare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, imparzialità e buon andamento impongono di norma il ricorso a procedure aperte o ristrette; il che ha autorizzato ad affermare che "*la trattativa privata costituisce modulo di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione pubblica di carattere eccezionale, suscettibile di essere applicato esclusivamente in presenza di specifici presupposti ... proprio per giustificare la deroga alle regole ordinarie dell'evidenza pubblica*" (cfr., *ex multis*, C.d.S., sez. V, 14.4.2008, n. 1600).

E' dunque in tale univoco quadro che il Collegio deve verificare se l'affidamento ad un privato della realizzazione di una serie di programmi radiofonici sulla realtà regionale rientri nelle ipotesi normative richiamate dalla Regione a supporto delle deliberazioni censurate.

Ad una meditata analisi il servizio richiesto non rientra sotto alcun profilo nell'ipotesi della ricordata lettera b), posto che non presentava alcuna necessità di essere provato o messo a punto, pacificamente emergendo all'opposto dagli stessi provvedimenti impugnati l'invariabilità del suo *format* rispetto a quelli degli anni precedenti.

Reputa, inoltre, il Tribunale che l'assunta impossibilità di espletare un confronto fra diversi soggetti potenzialmente idonei a realizzare i programmi radiofonici richiesti, di cui alla lettera c) della stessa norma, sia altrettanto pacificamente smentita dall'esistente, univoca prassi sullo stesso territorio regionale e nazionale che non preclude che si possa e si debba procedere al conferimento dei correlativi incarichi previo confronto concorrenziale con gli operatori del settore. In tal senso può farsi riferimento a quanto disposto dalla Giunta della Provincia autonoma di Trento con la deliberazione n. 6392 del 2.6.1995; al documento n. 9 in atti di parte ricorrente riguardante l'avviso pubblico per la trasmissione di spot radiofonici predisposto dal Comune di Roma; alla gara effettuata dal Consiglio regionale dell'Emilia

Romagna per la realizzazione di un ciclo di trasmissioni sulla sua attività (cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 27.10.2005, n. 1595).

Né può opporsi per questo verso, come sostiene la difesa della Regione, che la necessità di tutelare il diritto d'autore precluderebbe ogni potenziale esame concorrenziale, rilevando, ai fini che qui interessano, le modalità di ricerca e di scelta dei possibili contraenti e non l'analisi del contenuto di ogni progetto (la paternità del quale, e il conseguente diritto d'autore, rimangono indiscussi), restando affidata alla valutazione dell'Amministrazione ogni diversa offerta con i relativi progetti nel quadro delle esigenze prospettate e delle strategie comunicative necessarie.

5. Riassunti nelle proposizioni che precedono i termini in fatto e in diritto della questione all'esame, deve essere ora definito il motivo introdotto con cui è stata denunciata la violazione del divieto di frazionamento artificioso della prestazione per sottrarla alla disciplina di legge.

Nella specie, il valore complessivo dei due contratti ammonta ad € 40.581,38 al netto dell'I.V.A., una somma, cioè, che sfiora quella di € 41.300,00, corrispondente alla soglia, stabilita dal legislatore provinciale di riferimento, al di sotto della quale è consentita la trattativa diretta con il singolo imprenditore; la stessa deliberazione impugnata, tuttavia, enuncia espressamente che *"il format, giorno e*

messa in onda", così "pure la partecipazione di esperti di settore e funzionari regionali" dovessero "restare invariati rispetto allo scorso anno".

La vista testuale conferma, peraltro, d'immediatamente respingere quanto affermato in memoria dalla difesa dalla Regione, secondo la quale le trasmissioni non avrebbero ogni anno lo stesso contenuto, essendo attribuito all'Amministrazione il potere di valutare annualmente le proposte comunicative formulate dalle emittenti.

E', infatti, incontroverso che da alcuni anni la Regione ha avviato iniziative di comunicazione che hanno per oggetto la realtà regionale, oltre che di diffusione della conoscenza dell'attività istituzionale dell'Ente, che per sua natura non può comunque che essere mutevole in virtù delle priorità definite dal programma legislativo e amministrativo di governo. E', poi, altrettanto pacifico che alcuna trasmissione di informazione legata all'attualità possa presentare un contenuto ripetitivo nel tempo.

Pur dovendosi quindi escludere che i programmi da irradiare radiofonicamente rappresentino la copia conforme di quelli precedenti, ciò non preclude in astratto la possibilità dell'individuazione di una o più emittenti con cui concordare la realizzazione di un ciclo di trasmissioni per il periodo della legislatura (o, quantomeno, per il periodo stabilito

dall'accordo di coalizione per la durata in carica del Presidente scelto a rotazione fra i Presidenti delle due Province), fermo restando che i contenuti dei programmi dovranno essere definiti periodicamente e nel breve termine.

Le esperienze poste in essere in altre realtà amministrative, già ricordate al punto 4., depongono pacificamente in tal senso, per cui sussistono, ad avviso del Collegio, sufficienti elementi per affermare che i provvedimenti in questione, in presenza di una sostanziale omogeneità tecnico - operativa delle prestazioni richieste alle emittenti, siano stati adottati per il limitato intervallo temporale di un solo anno allo scopo di sottrarre l'Amministrazione, tramite detto frazionamento artificioso delle procedure dirette e dunque di parcellizzazione dei contratti, all'obbligo altrimenti inderogabile di dar corso ad una procedura ad evidenza pubblica, superando il complessivo compenso la soglia di € 41.300,00.

6. Conseguirebbe da quanto sopra esposto che il ricorso potrebbe essere definito sul solo fondamento dell'accoglimento del suddetto motivo. E', peraltro, avviso del Tribunale che, anche in ragione del rapporto con un eventuale giudizio d'appello, non possa essere assorbita la quarta censura introdotta, con la quale è stato denunciato che i richiamati principi generali di genesi comunitaria

troverebbero applicazione anche nell'ipotesi nella specie ricorrente di trattativa diretta e dunque al di sotto della soglia normativamente prevista in sede nazionale e provinciale.

Sottile ed argomentato è al riguardo il rilievo opposto dalla difesa regionale secondo la quale il fatto che i contratti in esame siano d'importo inferiore alla soglia stabilita dalla legislazione provinciale autorizzerebbe la trattativa diretta con il soggetto interessato.

Il comma 4 dell'art. 21 in esame dispone, infatti, che qualora l'importo contrattuale non ecceda il valore di € 41.300,00 *"il contratto può essere concluso mediante trattativa diretta con il soggetto o la ditta ritenuti idonei"*, previsione questa che trova conforme riferimento in quella dell'articolo 125, comma 11, ultimo periodo, del Codice dei contratti, ove è peraltro previsto che *"per servizi o forniture inferiori a € 20.000 è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento"*, mentre il limite di € 40.000,00 è previsto dal comma 8 solo per l'affidamento diretto di lavori.

Deve rilevarsi che il visto quadro normativo comunitario, nazionale e provinciale rende evidente la *ratio* perseguita dalla disposizione, che coincide senza riserve con l'individuazione di un limite di valore, di volta in volta discrezionalmente apprezzato dal Legislatore, volto a

rendere recessivi i visti principi di imparzialità, di parità di trattamento e di trasparenza, cui conseguirebbero i costi sul piano economico e temporale indotti dall'obbligo non altrimenti evitabile di una pubblica gara o quanto meno di un confronto concorrenziale fra più partecipanti, privilegiando quelli non secondari di economicità e di proporzionalità dell'azione amministrativa. Il che equivale trasparentemente ad affermare che, al di sotto di un certo valore economico, possa ragionevolmente presumersi che la stipulazione diretta di un contratto non incida in modo significativo sulla concorrenza.

Raccogliendo le fila delle considerazioni sopra svolte - non escluso restando il consistente divario che si profila tra le due rispettive soglie, nazionale e provinciale - ne discende ad avviso del Tribunale la necessità comunque di una lettura della seconda di esse orientata ai richiamati principi comunitari, che non può che essere restrittiva.

Seppure la prefissione di una soglia di valore in sede provinciale sia superiore a quella nazionale, la relativa norma che la prevede non sembra palesemente in contrasto con i menzionati principi di diritto comunitario e non è, quindi, disapplicabile da parte del Giudice; la suddetta differenziazione, poi, non appare neppure superare il limite della ragionevolezza alla luce della peculiarità economico - finanziaria della Provincia e della Regione, sì che non si

configurano egualmente i presupposti per un rinvio alla Corte del Lussemburgo per conseguire una vincolante lettura.

Reputa, tuttavia, il Collegio che ciò non possa escludere, in virtù del menzionato obbligo di fornire delle norme nazionali un'interpretazione potenzialmente finalizzata ad armonizzarsi con i principi generali del diritto comunitario, che, in presenza di formali domande di assegnazione del servizio avente un valore inferiore ad € 41.300,00, si configuri il dovere dell'Amministrazione di dar corso al confronto fra di esse, quale passaggio imprescindibile per l'eventuale successiva trattativa diretta.

Con un siffatto percorso sembrano trovare, infatti, ragionevole equilibrio, da una parte l'esigenza di salvaguardia dei principi del Trattato dell'Unione, nonché di quelli codificati dalla legge sul procedimento amministrativo - e per la Regione dalla legge regionale 31.7.1993, n. 13 - cui fa rinvio l'articolo 2 del Codice, e, da altra parte, l'esigenza di garantire l'economicità dell'azione amministrativa che tollera, al di sotto del prescritto limite, lo svolgimento della trattativa diretta sempre che sussistano quelle stesse esigenze di economicità.

Tale conclusione trova conseguente applicazione nel caso di specie, atteso che le offerte da comparare sono pervenute all'Amministrazione per libera iniziativa dei potenziali

interessati ed in tempo utile per porle a confronto fra di loro, sicchè lo schermo apprestato dalla trattativa diretta, e dunque dalla rapidità ed economicità di una scelta libera dai vincoli di una procedura ad evidenza pubblica, sia pure informale, non resta a tale stregua ulteriormente invocabile.

7. A tale obbligo si è, all'opposto, sottratta la Regione, risultando, infatti, agli atti di causa che le domande di partecipazione presentate dalle due società ricorrenti sono state ricevute dalla Regione rispettivamente nei giorni 29 gennaio 2008 e 4 febbraio 2008; che, mentre non si conosce la data di presentazione della proposta da parte di Radio Südtirol 1, consta, invece, che quella di Radio 2000 GMBH reca la data del 18 gennaio 2008, precedendo dunque soltanto di pochi giorni il deposito dell'offerta da parte delle istanti; che, infine, i provvedimenti impugnati sono stati adottati nella seduta della Giunta regionale del successivo 19 febbraio: il che dimostra, *de plano*, che anche le offerte presentate dalle ricorrenti ben avrebbero potuto essere istruite, valutate e motivatamente graduate nell'ambito delle richiamate procedure di programmazione e che, in definitiva, la Regione si sia indotta alla trattativa diretta fidando nella previsione discendente dall'art. 21 della legge provinciale.

8. Non indubita, da ultimo, l'indicata conclusione quanto affermato dalla difesa della Regione quando richiama

l'obbligo dell'Ente di informare l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni circa le somme destinate ai fini della comunicazione e di pubblicità istituzionale.

In tal senso, l'articolo 41 del D.Lgs. 31.7.2005, n. 177, richiede la comunicazione delle *"somme impegnate"* per l'acquisto di spazi sui mezzi di comunicazione di massa, ma non di quelle stanziare. Ai sensi degli articoli 42 e 45 della legge regionale 9.5.1991, n. 42, *"formano impegno sugli stanziamenti di competenza le somme dovute dalla Regione in base ... a contratto o altro titolo"* e *"la Giunta regionale assume, con proprie deliberazioni, gli impegni definitivi di spesa entro i limiti dei fondi assegnati in bilancio"*.

Dal sistema della contabilità regionale emerge dunque che l'impegno riguarda la prima fase del procedimento di erogazione della spesa, quella che imprime una specifica destinazione alla somma già stanziata in bilancio, coincidente, nel caso *de quo*, con l'assunzione della relativa deliberazione. Coerentemente, nei due provvedimenti impugnati è stata disposta l'imputazione della somma al capitolo di bilancio n. 342, destinato a quella voce di spesa. Di conseguenza, la comunicazione all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni delle somme impegnate per la comunicazione istituzionale era un adempimento temporalmente successivo all'adozione dei provvedimenti in esame.

9. Residua ora da definire la domanda di risarcimento del danno, la cui quantificazione è stata richiesta nell'atto introduttivo con riferimento al parametro della *chance* perduta da liquidarsi in via equitativa e con riferimento alle spese occorse ed al ritardo accumulato.

In proposito è pacifico che, all'esito del presente giudizio, la domanda di adempimento avanzata dalle società ricorrenti (*Verpflichtungsklage*) è fondata per quanto attiene all'accertato obbligo di apertura di un confronto concorrenziale fra quanti aspiravano a conseguire l'affidamento delle viste programmazioni in lingua tedesca nel territorio dell'Alto Adige / Südtirol; che, inoltre, tale pretesa non può tradursi in un adempimento in forma specifica, essendo già decorso il termine annuale degli incarichi affidati per l'anno 2008, ma esclusivamente per equivalente ed applicando al riguardo il richiesto parametro della *chance* perduta, visto che la pretesa rimasta delusa aveva ad oggetto la sola partecipazione alla gara informale e non già l'obbligo di aggiudicazione a favore delle deducenti.

Su questo piano, tenuto conto del fatto che, in difetto di parametri anche di carattere generalissimo, come ad esempio la potenza e l'ampiezza dell'irradiazione sul territorio provinciale altoatesino delle diverse emittenti in gara, i requisiti di affidabilità dei contraenti sul piano soggettivo e finanziario, nonché i contenuti delle relative

trasmissioni, oltre al prezzo per minuto di trasmissione rapportato alla fascia oraria, non può procedersi alla verifica ai soli fini virtuali della società cui l'aggiudicazione avrebbe dovuto essere pronunciata. Ma tale circostanza non può escludere l'accogliibilità della pretesa fatta valere dalle ricorrenti e riconosciuta fondata, atteso che tale preclusione impone solo di procedere alla quantificazione del pregiudizio sofferto mediante una valutazione di carattere equitativo.

Pertanto, il Collegio accede all'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli articoli 1226 e 2056 c.c., espressione del più generale potere di cui all'articolo 115 c.p.c., che dà luogo non ad un giudizio di equità, ma ad un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva o integrativa (cfr, C.d.S., sez. VI, 26.11.2007, n. 6032).

Tenuto conto, quindi, del numero dei partecipanti e dell'entità dei contratti *medio tempore* stipulati con le società controinteressate pare al Collegio equo, in difetto di prove sul rilievo dei ritardi e delle spese occorse, determinare l'ammontare del risarcimento del danno nella somma distintamente pari al 25% del corrispettivo pagato dalla Regione a ciascuna delle ridette controinteressate, oltre agli oneri di legge.

10. In conclusione, il ricorso deve essere accolto nei termini di cui alla motivazione che precede, con assorbimento delle

censure non specificatamente esaminate.

Le spese del giudizio, quantificate in dispositivo, seguono la soccombenza e sono poste a carico della Regione autonoma Trentino – Alto Adige / Südtirol.

P. Q. M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. **99** del **2008**, lo **accoglie**.

Condanna la Regione autonoma Trentino – Alto Adige / Südtirol al risarcimento del danno in favore di ciascuna delle società ricorrenti, giusta le modalità di liquidazione indicate in motivazione, sub 9.

Le spese del giudizio - liquidate nella complessiva somma di € 5.000 (cinquemila) (di cui € 4.200 per onorari ed € 800 per diritti), oltre a I.V.A. e C.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari a titolo di spese generali - sono poste a carico della Regione autonoma Trentino - Alto Adige / Südtirol.

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

Così deciso in Trento, nelle camere di consiglio del 15 gennaio e del 29 gennaio 2009, con l'intervento dei Magistrati:

dott. Francesco Mariuzzo	- Presidente
dott. Lorenzo Stevanato	- Consigliere
dott.ssa Alma Chiettoni	- Consigliere estensore

Pubblicata nei modi di legge, mediante deposito in
Segreteria, il giorno 18 febbraio 2009

Il Segretario Generale
dott. Giovanni Tanel