



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. **254** del **2007** proposto da **Società Reale Mutua di Assicurazioni**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Gazzola, Filippo Andrea Giordanengo e Romano Nicolini ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Trento, via Oss Mazzurana, 72

C O N T R O

la **Provincia autonoma di Trento**, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Viviana Biasetti ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della Provincia in Trento, piazza Dante, 15

e nei confronti

di **Uniqa Sachversicherung A.G.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Volpe e Kurt Aschbacher ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato

Cristian Pedot in Trento, via Brigata Aqui, 4

per l'annullamento

quanto al ricorso principale e al primo ricorso per motivi aggiunti:

1. della *"determinazione della Provincia autonoma di Trento n. 31 in data 31 ottobre 2007 - comunicata alla Società Reale Mutua di Assicurazioni con nota dell'Amministrazione provinciale n. 8226/05/07 in data 8 novembre 2007 - avente ad oggetto <Procedura di gara per l'affidamento mediante procedura negoziata - trattativa privata con pubblicazione del bando - dei servizi assicurativi della Provincia di Trento. Esclusione di un'impresa, aggiudicataria del lotto n. 8 (responsabilità civile verso terzi e infortuni candidati maestri di sci e guide alpine) e conseguente nuova aggiudicazione>"*;
2. di *"tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali ed in particolare:*
 - a. *- della nota della Provincia autonoma di Trento n. 6295/5-07 in data 3 agosto 2007 con la quale, allegando un certificato dell'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Torino 1, l'Amministrazione provinciale comunicava alla Società Reale Mutua di Assicurazioni l'esistenza di cartelle esattoriali pendenti;*
 - b. *- della nota della Provincia Autonoma di Trento n.*

7511/5/07 in data 8 ottobre 2007, avente ad oggetto <comunicazione ai sensi dell'articolo 25 della L.p. n. 23/1992, dell'avvio del procedimento volto all'annullamento dell'aggiudicazione del lotto n. 8 relativo alla gara per l'affidamento dei servizi assicurativi della Provincia autonoma di Trento lotto n. 8>;

c. - della nota della Provincia Autonoma di Trento n. 8226 in data 8 novembre 2007 avente ad oggetto <Gara d'appalto per l'affidamento, mediante procedura negoziata - trattativa privata con pubblicazione del bando dei servizi assicurativi della Provincia autonoma di Trento. Comunicazione annullamento aggiudicazione>;

d. - dell'aggiudicazione del lotto n. 8 della gara a favore della Uniqa Sachversicherung A.G.";

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

3. della "nota della Provincia di Trento n. 8608/5/07 in data 23 novembre 2007, avente ad oggetto <Comunicazione ai fini dell'inserimento nel casellario informatico ex articolo 48 del decreto legislativo 163/2006 di dati per l'individuazione delle imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione ex articolo 38 del decreto legislativo 163/2006, nonché per l'annotazione di tutte le altre notizie ritenute utili>";

**per la declaratoria di nullità e/o la caducazione
immediata e/o l'annullamento**

4. del *"contratto di appalto eventualmente stipulato, nelle more, tra la Provincia autonoma di Trento e la Uniqa Sachversicherung A.G."*;

nonché per la condanna

al *"risarcimento dei danni patiti e patienti in conseguenza all'adozione dei provvedimenti impugnati, il tutto oltre interessi e rivalutazione monetaria"*.

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

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

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 19 giugno 2008 - relatore il consigliere Alma Chiettini - gli avv.ti Filippo Andrea Giordanengo e Romano Nicolini per la società ricorrente, l'avv. Maurizio Dalla Serra in sostituzione dell'avv. Giuliana Fozzer per l'Amministrazione provinciale resistente e l'avv. Valentina Tomio in sostituzione dell'avvocato Kurt Aschbacher per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

1. Sulla base della determinazione n. 7 del 27 febbraio 2007 del Dirigente del Servizio appalti, contratti e gestioni

generali la Provincia di Trento ha indetto una procedura di gara a trattativa privata, peraltro preceduta dalla pubblicazione di un bando, per l'affidamento dei propri servizi assicurativi suddivisi in 9 lotti. Per la scelta del contraente è stato previsto il criterio dell'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 12.4.2006, n. 163.

Nella seduta di data 11.6.2007 della Commissione tecnica preposta all'esame delle offerte, come emerge dal verbale di gara di pari data, è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria del lotto n. 8 (concernente la responsabilità civile verso terzi e gli infortuni dei candidati a maestri di sci e guide alpine) a favore della Società Reale Mutua di Assicurazioni, con sede a Torino, che aveva presentato l'offerta con il prezzo complessivamente più basso rispetto al valore di contratto che corrispondeva ad € 100.710,00.

2. Nella richiesta di partecipazione datata 30.3.2007 la società aveva reso, come prescritto dal bando, la dichiarazione *"di non trovarsi nelle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 12.4.2006, n. 163"* e, in particolare, *"di non aver commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti"*. Con la dichiarazione sostitutiva di atto notorio datata 25.5.2007,

depositata con l'offerta economica, il direttore generale della società aveva confermato quanto già dichiarato in sede di richiesta di invito in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione, attestando che *"la società e i suoi legali rappresentanti non si trovano in alcuna delle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006"*.

3. La Stazione appaltante ha indi proceduto alla verifica della veridicità delle dichiarazioni rese dalla Società aggiudicataria e, fra altro, ha chiesto all'Agenzia delle Entrate - Ufficio Torino 1 il rilascio della certificazione di regolarità tributaria di sua competenza. Tale Ufficio ha corrisposto con una nota di data 26 luglio 2007, con la quale ha attestato la pendenza di 3 ricorsi e di 16 cartelle esattoriali insolute.

Con nota del 3 agosto 2007 il Servizio appalti ha chiesto chiarimenti alla Società istante, la quale ha fornito una dettagliata comunicazione rappresentante lo stato di ciascuna cartella esattoriale con una lettera di data 13 settembre 2007.

La Provincia, ritenendo non sufficienti i chiarimenti adottati, ha comunicato con nota di data 8 ottobre 2007 l'avvio del procedimento diretto all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria del lotto n. 8. Successivamente, dopo aver preso atto di un'altra lettera di giustificazioni fornite dai legali della

Società in data 16 ottobre, ha annullato con determinazione n. 31 di data 31 ottobre 2007 del Servizio appalti, contratti e gestioni generali l'aggiudicazione disposta in data 11 giugno del lotto n. 8 a favore della Società Reale Mutua di Assicurazioni, contestando esclusivamente l'esistenza di 3 cartelle esattoriali insolute rispetto alle 16 dell'iniziale verifica. Con lo stesso provvedimento la Provincia ha anche disposto l'escussione parziale della cauzione provvisoria presentata dalla Società, oltre che la segnalazione dell'adottato provvedimento all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici. Infine, la Stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione del lotto in questione all'impresa Uniqua Sachversicherung, avente sede a Vienna.

4. Con ricorso notificato il 27 novembre 2007 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 28 la Società Reale Mutua Assicurazioni ha impugnato detti provvedimenti, deducendo la seguente articolata censura:

I – "violazione di legge con riferimento all'articolo 38, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 12.4.2006, n. 163 - violazione di legge con riferimento all'articolo 1, comma 1, della legge 7.8.1990, n. 241 - violazione di legge con riferimento all'articolo 2, comma 1 della legge provinciale 30.11.1992, n. 23 - violazione di legge con riferimento all'articolo 3, comma 1, della legge 7.8.1990, n. 241 - violazione di legge con riferimento all'articolo 4,

comma 1, della legge provinciale 30.11.1992, n. 23 - violazione di legge con riferimento all'articolo 10, comma 1, lettera b), della legge 7.8.1990, n. 241 - violazione di legge con riferimento all'articolo 27, comma 1, lettera c), della legge provinciale 30.11.1992, n. 23 - eccesso di potere per contraddittorietà - eccesso di potere per difetto di istruttoria". Dopo aver evidenziato l'assunta contraddittorietà tra la richiesta di chiarimenti, con la quale era stata contestata la sussistenza di 16 cartelle esattoriali insolute congiuntamente a 3 ricorsi ed il disposto annullamento, che si riferisce soltanto a 3 cartelle, nonché la conseguente mancanza di motivazione, ove il provvedimento di esclusione dovesse ritenersi riferito anche alle altre cartelle preventivamente contestate, la ricorrente sostiene, con riferimento alle dette 3 cartelle che esse non integrerebbero alcun accertamento "*definitivo*", ossia quel tassativo presupposto previsto dal codice degli appalti e ritenuto sussistente dalla Provincia per escludere l'istante dall'indetta procedura di evidenza pubblica.

5. Con il primo ricorso per motivi aggiunti notificato il 21 - 27 dicembre 2007 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il giorno 3 gennaio 2008, la Società Reale Mutua Assicurazioni, nei termini di rito, ha dedotto la seguente ulteriore censura:

II – "*eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e*

di diritto - eccesso di potere per difetto di istruttoria", posto che da un successivo controllo sarebbe emerso che una delle cartelle esattoriali contestata era stata pagata ancora nell'anno 2004 e che quindi l'Agenzia delle Entrate l'aveva erroneamente inserita nel certificato rilasciato all'Amministrazione provinciale.

6. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti notificato il 22 - 24 gennaio 2008 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 29 gennaio, la Società Reale Mutua Assicurazioni ha impugnato il provvedimento indicato in epigrafe al n. 3, deducendo la seguente ulteriore censura:

III – "illegittimità derivata dalla determinazione della Provincia n. 31 in data 31.10.2007", in quanto, in considerazione dell'assunta illegittimità del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione già disposta a suo favore, sarebbe venuta meno la necessità della segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

7. Con il ricorso è stata presentata istanza di risarcimento dei danni con richiesta di tutela in forma specifica e invocando, in subordine, quella risarcitoria per equivalente pecuniario.

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

8. Nei termini di legge si è costituita in giudizio l'Amministrazione provinciale intimata, controdeducendo

puntualmente a tutti i motivi introdotti e chiedendo la reiezione del ricorso perché infondato nel merito.

9. Con ordinanza n. 16/2008, adottata nella camera di consiglio del 31 gennaio 2008, è stata accolta la suindicata domanda incidentale di misura cautelare.

10. Alla stessa camera di consiglio del 31 gennaio 2008 si è costituita in giudizio la società controinteressata, che ha eccepito l'inammissibilità della domanda volta alla declaratoria di nullità e/o la caducazione immediata e/o l'annullamento del contratto stipulato con la società Uniqa Sachversicherung e ha chiesto, altresì, la reiezione del ricorso.

11. Alla pubblica udienza del 19 giugno 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame la Società Reale Mutua di Assicurazioni ha impugnato gli atti con i quali la Stazione appaltante della Provincia di Trento ha annullato l'aggiudicazione provvisoria del lotto n. 8 della gara per l'affidamento dei servizi assicurativi allegando, a suo fondamento, la mancanza del possesso di uno dei requisiti di partecipazione richiesti e dichiarati, ossia il rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, stabilito dal bando di gara e dell'articolo 38, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 12.4.2006, n. 163.

Successivamente all'aggiudicazione provvisoria gli accertamenti compiuti dalla Provincia presso l'Agenzia delle Entrate di Torino in sede di verifica della veridicità delle dichiarazioni rese avevano peraltro portato alla luce la pendenza di 3 ricorsi e l'esistenza di 16 cartelle esattoriali insolute. Il successivo contraddittorio instaurato tra la Stazione appaltante e la Società ricorrente ha, peraltro, consentito di chiarire la posizione di quest'ultima per quanto riguarda i citati 3 ricorsi e per 13 delle indicate 16 cartelle esattoriali, sicché è stato sul fondamento delle rimanenti 3 cartelle che il Dirigente del Servizio appalti, contratti e gestioni generali ha adottato la determinazione impugnata, ritenendo sussistente la nominata fattispecie delle violazioni definitivamente accertate degli obblighi fiscali.

Con il ricorso è stata anche impugnata la comunicazione che l'Amministrazione provinciale ha inviato all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici per il conseguente inserimento del nominativo dell'impresa nel Casellario informatico.

2. Ritiene il Collegio che il merito del ricorso sia fondato alla stregua delle censure dedotte e che in capo alla Società ricorrente, con specifico riferimento ai tre atti contestati, non si ravvisi il presupposto delle *"violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse"*, di cui al predetto

disposto legislativo.

2a. Con riferimento alla prima cartella contestata, la n. 110/2007/00032355/71/000, che aveva per oggetto il pagamento dell'imposta di registro su una sentenza del Giudice di pace di Torino per un importo di € 350,74, occorre premettere che la ricorrente ha provveduto a pagare detto importo in data 13.9.2007, ossia nello stesso giorno nel quale ha risposto ai chiarimenti richiesti dalla Provincia, il che ha, tuttavia, indotto la Stazione appaltante a ritenere sussistente l'ascritto addebito, posto che la cartella in esame risultava comunque insoluta alla data 26 luglio 2007, successiva a quella della resa dichiarazione del 25.5.2007.

Successivamente, peraltro, a seguito di ulteriori controlli effettuati dal Servizio di assistenza fiscale della Società ricorrente, è emerso che quella stessa cartella era stata pagata ancora in data 2.8.2004 e che dunque l'Esattore aveva arbitrariamente notificato una nuova cartella, il cui obbligo di pagamento era già stato da tempo adempiuto.

L'esame della dedotta censura potrebbe conseguentemente indurre ad assorbire l'ulteriore profilo introdotto, con cui la ricorrente sostiene l'illegittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione, essendo l'operato della Provincia contestabile per violazione del principio di proporzionalità.

Senonché l'indicato assorbimento resta sulla specie precluso, assumendosi da parte della difesa della Provincia

che il riconosciuto errore da parte dell'Agenzia delle Entrate, emerso solo dopo l'instaurazione del presente giudizio, non potrebbe essere addebitato all'Amministrazione la quale, basandosi sulla relativa certificazione, avrebbe agito con diligenza e sulla base di vincolanti risultanze, che non avrebbe potuto sotto alcun profilo disattendere.

A parere del Collegio il visto ordine di idee è privo di giuridica consistenza, dovendo necessariamente prevalere rispetto all'*apparentia iuris* indotta dall'originaria attestazione dell'Agenzia delle Entrate la realtà dei fatti, come successivamente emersi, e potendo la vicenda se del caso rilevare soltanto quale mera esimente sul piano di un'eventuale azione di risarcimento del danno.

In tale quadro, tenuto conto dell'esigenza che il Giudice di primo grado si dia carico di tutti i capi dell'introdotta domanda ad evitare che, in sede di appello, la definizione di quelli assorbiti avvenga in unico grado, va dunque completato il riscontro della prima censura con riguardo alla richiamata violazione del principio di proporzionalità. Quest'ultima è stata illustrata sul rilievo che, se altro non fosse emerso, l'annullamento dell'aggiudicazione sarebbe stato determinato dal mancato pagamento di un'obbligazione fiscale corrispondente all'imposta di registro per un importo di € 350,74, incapace come tale di sorreggere l'affermazione della suddetta irregolarità fiscale.

Sotto questo peculiare aspetto deve, innanzitutto, richiamarsi la giurisprudenza di questo Tribunale ed in particolare la sentenza 13.12.2007, n. 193, che ha preso in esame l'articolo 45 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31.3.2004, n. 2004/18/CE, il quale traccia il quadro delle preclusioni soggettive alla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici, distinguendo fra quelle direttamente cogenti per le stazioni appaltanti rispetto a quelle di facoltativa applicazione; con detta pronuncia è stato rilevato come rientri in quest'ultima categoria, da un lato, l'irregolarità nel pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali e, dall'altro delle imposte e delle tasse secondo la legislazione nazionale; che, tuttavia, deve essere di volta in volta in concreto indagata la vicenda *"relativa all'assolvimento degli obblighi di pagamento di imposte e di tasse ... per accertarne la rilevanza"*, mirando la necessaria verifica ad appurare non già la sussistenza di una mera singola violazione, ma la *"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 la ridetta pronuncia ha concluso, chiarendo che "singole, isolate omissioni di assai contenuto rilievo, incapaci in quanto tali di reagire su tale globale situazione finanziaria, non 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".

Identiche considerazioni possono essere svolte nel caso all'esame, apparendo all'evidenza non riassumibile nel novero della menzionata preclusione il mancato pagamento di una cartella esattoriale per l'importo di € 350,74, che è obiettivamente incapace d'infirmare *"la garanzia della sicurezza di una futura contrattazione da parte della pubblica Amministrazione"* e dunque dalla *"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"*.

2b. Con riferimento alla seconda cartella esattoriale contestata, la n. 110/2003/01707700/89/00, indicata dall'Agenzia delle Entrate nella nota del 26 luglio 2007 come la n. 110/1999/50005075/37/000, recante un'iscrizione a ruolo per € 1.659.926,43, é emerso dagli atti depositati che la stessa riguardava polizze fideiussorie prestate dalla Società ricorrente nell'interesse di una società sottoposta a

procedura fallimentare presso il Tribunale di Potenza, peraltro successivamente sospesa dallo stesso Tribunale, con ordinanza del 27 - 28.7.2004, vista la nota del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, con la quale *"... veniva chiesto all'Agenzia delle Entrate di Potenza di voler sospendere ogni azione di recupero nei confronti della ditta medesima fino all'esito del giudizio pendente ..."* (cfr. documento n. 28 in atti di parte ricorrente).

A rettifica di quanto riportato nella certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate, che per detta cartella aveva invece annotato che era stata *"notificata il 19.9.2003"* e che era stata soltanto parzialmente sospesa, la Società ricorrente aveva precisato alla Provincia che la ridetta sospensione era stata totale con la prima nota di chiarimenti presentata, datata 13.9.2007, nonché con la successiva nota del 16.10.2007, allegando a puntuale comprova ad entrambe le lettere un estratto della citata ordinanza, manualmente redatta e un documento proveniente da *"Equitalia Nomos S.p.a. - estratto di ruolo"* datato 4.6.2007 e quindi anteriore alla certificazione dell'Agenzia della Entrate, nel quale si legge che l'importo sospeso è di € 1.659.926,43 (cfr. in fascicolo documenti n. 7 in atti di parte resistente).

A tale stregua è dunque palese che, alla data di ricezione dei richiesti chiarimenti, la Provincia ben avrebbe potuto e

dovuto prendere atto che nulla era allo stato dovuto per tale cartella dalla ricorrente, escluso restando che la certificazione dell'Agazia delle Entrate potesse essere posta a fondamento del successivo provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria. Al più la Provincia avrebbe potuto disporre un supplemento di istruttoria, chiedendo ulteriore documentazione in merito all'aggiudicataria ovvero ad altre Amministrazioni, il che peraltro è stato parzialmente posto in essere, ma soltanto nel mese di gennaio 2008, dopo la proposizione del presente ricorso, quando la Provincia si è rivolta direttamente al Tribunale di Potenza.

2c. – Infine, con riferimento alla terza cartella esattoriale la n. 11/2007/00085829/70/00, per un importo di € 4.057.510,31, la Società ricorrente, aveva precisato con la prima nota di chiarimenti che *"l'Agazia delle Entrate ha disposto un parziale sgravio ..."* e che *"per la differenza sono tuttora in corso incontri con i funzionari competenti dell'Agazia delle Entrate"*; con nota presentata, poi, a seguito dell'avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione aveva chiarito ulteriormente che l'importo indicato nella cartella era il residuo di altra cartella, ma che era già stato avviato un procedimento di sgravio, per cui, *"ragionevolmente, ... la cartella è da considerarsi sospesa"*.

L'Amministrazione non ha ritenuto sufficienti tali argomentazioni, rilevando nel provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione che *"si versa in una situazione di pendenza di una proposta di sgravio, e nulla di definitivamente accertato, in merito all'accoglimento o meno di tale proposta è stato prodotto, ragione per cui la cartella deve ritenersi esecutiva fino a quando detto sgravio non sarà accolto"*.

In proposito deve essere, tuttavia, immediatamente sottolineato che la sostanziale fondatezza della pretesa allo sgravio della somma iscritta a ruolo è emersa da una successiva certificazione dell'Agenzia delle Entrate di data 6.12.2007, rilasciata alla stessa Stazione appaltante nel corso di un altro procedimento (documento n. 16 in atti dell'Amministrazione provinciale), dalla quale emerge che il debito fiscale risultante ammontava a soli € 2.038,66, rispetto all'iscrizione a ruolo originaria di € 4.057.510,31, importo che la Società istante ha provveduto a saldare in data 29.11.2007.

A fronte di una siffatta vicenda l'Amministrazione resiste alle argomentazioni svolte dall'istante, sottolineando che la documentazione presentata non sarebbe stata completa, difettando tra l'altro di sottoscrizione (cfr. documento n. 4 allegato alla nota della Società di data 16.10.2007), per cui l'operato della Provincia sarebbe incondizionatamente

legittimo.

All'opposto, la Società ricorrente deduce che la proposta di sgravio avrebbe con ragionevole sicurezza portato alla cancellazione della somma indicata nella cartella, integrando essa la conclusione di contatti di natura endoprocedimentale, nel segno di un positivo esercizio della potestà di autotutela, peraltro sottoposta al riscontro di merito da parte dell'Agenzia regionale delle Entrate; il che significava in ogni caso che, in pendenza di detto esame, la riscossione dell'ingente importo iscritto a ruolo non avrebbe potuto essere effettuata per cui *"ragionevolmente.... la cartella è da considerarsi sospesa"*.

Detto ordine argomentativo è condiviso dal Collegio per le ragioni esposte dalla deducente, per cui, anche per questo verso, restava sia pure temporaneamente preclusa la potestà di disporre l'annullamento dell'aggiudicazione in difetto della statuizione che ciò avrebbe, se del caso, consentito, coincidente con la formale reiezione della proposta di sgravio.

Sotto quest'ultimo profilo va, peraltro, soggiunto che, nel provvedimento impugnato, si legge che l'esclusione dell'impresa é stata determinata per il fatto che *"la cartella deve ritenersi esecutiva"*.

A parere del Tribunale l'attributo dell'esecutività non è comunque sufficiente ad integrare la nominata preclusione

alla partecipazione alla gara, atteso che, a questo scopo, la violazione dell'obbligo fiscale deve essere "*definitivamente accertata*".

Le due fattispecie non possono essere, infatti, assimilate tra di loro, in quanto l'esecutorietà che connota le iscrizioni a ruolo attiene al solo aspetto della riscossione da parte dell'Esattore e, in genere, dette cartelle non sono precedute dalla notifica al contribuente di un formale avviso di accertamento, la cui omessa impugnazione davanti alle Commissioni tributarie renda definitiva la pretesa fiscale.

Occorreva, dunque, tener conto del fatto che la riscossione esattoriale non ha per norma ad oggetto pretese tributarie già consolidate a favore dell'Amministrazione finanziaria, ma attiene a somme che risultano per norma dovute a seguito dei controlli delle dichiarazioni presentate dai contribuenti e dai sostituti d'imposta effettuati con le procedure automatizzate e con controllo formale, ai sensi degli articoli 36 *bis* e 36 *ter* del D.P.R. 29.9.1973, n. 600; del resto anche dette cartelle sono impugnabili davanti alle Commissioni tributarie, potendo essere dedotti nei loro confronti non soltanto vizi propri dell'iscrizione a ruolo, ma anche quelli inerenti alla sottostante pretesa fiscale, ove non sia stata oggetto di accertamento previo ovvero quando quest'ultimo non sia stato notificato al contribuente (cfr. art. 19 del D.Lgs. 31.12.1992, n. 495, nonché Corte di giustizia

nella sentenza del 9.2.2006, nei procedimenti riuniti C-226/04 e C-228/04).

Anche con riferimento alla terza cartella in esame, deve dunque conclusivamente affermarsi che la Stazione appaltante non avrebbe potuto porre a fondamento della decretata esclusione l'esistenza di una *"proposta di sgravio e nulla di definitivamente accertato ... ragione per cui la cartella deve ritenersi esecutiva"* sia perché, da un lato, era in possesso di documentazione fornita dall'istante, sufficientemente idonea a far dubitare dal suo punto di vista della persistente esecutività della relativa cartella di pagamento, sia in quanto, da altro lato, la mera sussistenza di una cartella esattoriale non integra la fattispecie di una violazione definitivamente accertata degli obblighi tributari di cui al disposto dell'articolo 38, comma 1, lettera g), del decreto legislativo n. 163 del 2006.

3. Il Collegio deve ora definire l'argomentazione congiuntamente svolta dalla difesa dell'Amministrazione provinciale e della Società controinteressata, secondo cui l'art. 38, comma 1, lettera g), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, precluderebbe al Giudice di riconoscere o meno in concreto la sussistenza di una violazione, definitivamente accertata, degli obblighi tributari, quale che sia il suo rilievo sul piano economico.

Detta osservazione, che pure trae alimento dalla lettera

della norma, non può essere condivisa.

Va, infatti, rilevato al riguardo che l'art. 38 è direttamente attuativo dell'articolo 45 della direttiva 2004/18, la quale è palesemente diretta ad appurare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della Pubblica amministrazione. La valutazione con significato rigidamente preclusivo di qualsivoglia inadempimento tributario si tradurrebbe, come è stato sottolineato dal Tribunale nella sentenza più sopra richiamata, nella corrispondente pregiudizio per il principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sull'ampliamento della partecipazione alle pubbliche gare per le imprese presenti nel mercato unico, ma anche per la Pubblica Amministrazione, che si avvantaggia della possibilità di poter valutare favorevolmente le offerte inoltrate senza che ciò sia impedito dal fatto che si configurino a carico delle imprese debiti tributari, anche se definitivamente accertati, che non incidano, peraltro, oggettivamente sull'affidabilità e solidità finanziaria della singola impresa.

Né contrasta con la suesposta conclusione l'assenza dell'aggettivo "*grave*" nel testuale disposto della citata lettera g) del comma 1 dell'articolo 38, previsto invece per le infrazioni alle norme in materia di sicurezza (di cui alla lettera e) dello stesso articolo), così come per la negligenza,

la malafede e gli errori professionali (di cui alla lettera f) dello stesso articolo) e per le violazioni alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (di cui alla lettera i) dello stesso articolo).

Ad avviso del Collegio, infatti, ciascuna delle suddette fattispecie, ivi compresa quella pertinente la posizione tributaria, deve essere valutata alla stregua del richiamato canone teleologico, che esclude che, in presenza di violazioni di scarso rilievo, sia inciso il generalissimo principio di concorrenza, quale principio generale e propriamente fondante dell'ordinamento comunitario; soltanto l'esistenza, quindi, di una globale situazione, quale risultato finale dell'apprezzamento da compiersi con l'applicazione del principio di proporzionalità, integra quella situazione di obiettiva inaffidabilità dell'impresa, la cui determinazione anche in sede giurisdizionale è imposta dall'articolo 2, comma 1, del predetto D.Lgs. n. 163 del 2006 sia per gli appalti sopra che sotto soglia comunitaria.

Così inquadrata, la solvibilità dell'impresa integra dunque necessariamente un concetto giuridico a contenuto indeterminato, la cui ricognizione alla luce di ogni circostanza in fatto è *in primis* affidata all'Amministrazione, il che non può che significare che la certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate su richiesta della stessa Amministrazione non può essere assunta come un dato

incontrovertibile, dovendo essere sottoposta a prudente e meditato vaglio anche sul fondamento di un'autonoma, ulteriore istruttoria da parte della stazione appaltante, invitando in ogni caso il concorrente a "*fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*" in applicazione dell'articolo 46 del decreto legislativo n. 163 del 2006, come peraltro occorso nel caso *de quo* tramite la nota dell'Amministrazione di data 3.8.2007 e quella della Società Reale Mutua di Assicurazioni del 13.9.2007.

Nel caso in esame è pertanto conclusivamente da affermarsi che, a seguito del contraddittorio tra le parti non soltanto non è emerso alcun accertamento definitivo a carico dell'aggiudicataria, ma che quello residuo emergente da un solo titolo esecutivo, per il quale non constava alcun accertamento previo, peraltro tosto corrisposto nel suo ammontare di € 2.038,66 (rispetto al maggiore importo di € 4.057.510,31) non incide obiettivamente sulla solvibilità di una primaria società di assicurazione, qual'è notoriamente la ricorrente; l'annullamento della disposta aggiudicazione per l'affidamento del lotto n. 8 dei servizi assicurativi della Provincia è, pertanto, illegittimo.

4. Il Collegio può ora passare all'esame della domanda presentata dall'istante per ottenere la declaratoria di nullità e/o di caducazione e/o l'annullamento del contratto stipulato

medio tempore dall'Amministrazione provinciale con la società Uniqa Sachversicherung A.G., nonché della domanda risarcitoria, con la quale l'istante ha chiesto *in primis* la reintegrazione in forma specifica e soltanto in via subordinata il risarcimento del danno per equivalente, tenendo conto, in tal caso, sia del lucro cessante che della perdita di *chance* per l'impossibilità di far valere in futuro il requisito legato all'esecuzione dell'appalto.

4a. Con riferimento alla prima questione, il Collegio osserva che devono ancora essere chiariti sia in dottrina che in giurisprudenza gli effetti provocati dall'annullamento dell'aggiudicazione di una pubblica gara sul contratto *medio tempore* stipulato con altra impresa utilmente graduatasi nella stessa gara. La questione ha, infatti, dato adito a conclusioni allo stato tuttora difformi fra di loro, sì che la V Sezione del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 1328 del 28.3.2008, si è indotta a deferire all'Adunanza plenaria la necessità di indicare "*i parametri certi per la ricostruzione dogmatica della fattispecie in termini coerenti con il sistema positivo*". Dopo aver analiticamente ricostruito le diverse soluzioni adottate dalla giurisprudenza, ordinaria ed amministrativa, circa la qualificazione dell'aggiudicazione e dei conseguenti effetti che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione dell'appalto esplicherebbe sulla sorte del contratto *medio tempore* stipulato e dopo aver auspicato

una lettura dell'articolo 6 della legge 21.7.2000, n. 205 sulla base di un'esegesi logico - sistematica volta a tutelare esigenze di economicità, effettività e semplificazione della tutela giurisdizionale, la Sezione ha dunque rimesso alla Plenaria la definizione dello *"schema privatistico in cui ascrivere l'inefficacia del contratto d'appalto, non risultando, in definitiva, controverso tale effetto"*.

Pur nell'attesa, alla data di definizione della presente vicenda, della pronuncia dell'Adunanza plenaria, il Collegio reputa in ogni caso che, del tutto a prescindere dalla ridetta questione, debba necessariamente farsi applicazione della recente pronuncia delle SS.UU. della Corte di Cassazione civile 28.12.2007, n. 27169, che ha statuito che l'accertamento delle conseguenze indotte sul contratto di appalto in essere a seguito dell'annullamento della previa aggiudicazione rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario; ai fini che qui direttamente rilevano appare invero ininfluenza la successiva pronuncia parzialmente difforme da parte della Sez. I della stessa Corte del 15.4.2008, n. 9906, che ha ritenuto che detti effetti si concreterebbero nella caducazione automatica del contratto *"senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo ex tunc, travolto dall'annullamento giurisdizionale"*.

Sulla scorta, quindi, dell'autorevole e vincolante statuizione delle SS.UU. sulla sussistenza o meno della giurisdizione a fronte di una domanda di espressa declaratoria di annullamento del contratto d'appalto stipulato dalla Provincia con la contro interessata, il Collegio non può che respingere la suddetta domanda, posto che ogni questione connessa con l'esecuzione del contratto, ivi compresa quella delle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul rapporto contrattuale, appartiene all'Autorità giudiziaria ordinaria.

4b. Può ora esaminarsi la domanda con la quale la Società ricorrente ha chiesto la reintegrazione in forma specifica e dunque il ritiro da parte della Provincia dell'annullamento in questa sede impugnato, oltre che ogni connessa statuizione, in dipendenza della sua accertata illegittimità per difetto del presupposto in fatto richiamato a suo fondamento.

Sull'introdotta domanda sussiste, a parere del Collegio, la giurisdizione del Giudice amministrativo, conseguendo alla sua definizione l'individuazione dell'impresa nei cui confronti avrebbe dovuto essere pronunciata l'aggiudicazione; la questione sottesa attiene dunque ad una vicenda che coincide direttamente con la conclusione dell'indetta procedura ad evidenza pubblica, escluso restando - per quanto sopra esposto - il solo versante immediatamente successivo venuto a costituirsi a seguito della stipula del

contratto d'appalto.

La stessa domanda è, poi, fondata nel merito, posto che la Provincia ha arbitrariamente annullato l'aggiudicazione provvisoria a favore della deducente sul fondamento, tuttavia, di un inesistente carico tributario definitivo nei confronti della ricorrente.

La suesposta conclusione, così come argomentata nella motivazione che precede, accredita dunque la fondatezza della pretesa a conseguire ora per allora l'aggiudicazione definitiva della gara, limitatamente al lotto cui la ricorrente aveva presentato offerta; e ciò alla luce di un obbligo di adozione della relativa statuizione da parte della Provincia, dopo che, a seguito della presente pronuncia, sia stata restituita a giuridica vita la precedente aggiudicazione provvisoria.

A questi peculiari fini e dunque al fine di dimostrare l'esistenza di una fase di necessaria cognizione piena di una siffatta pretesa nel quadro di un rito formalmente sindacatorio, ma nella sede di una giurisdizione esclusiva, qual è quella tracciata dall'articolo 4 della legge 21.7.2000, n. 205, il Collegio non può che richiamarsi a quella risalente dottrina, che ha prospettato la possibilità d'individuare le azioni proponibili nel processo amministrativo non già sulla scorta delle sole norme processuali, ma valorizzando al contrario quelle sostanziali, del tutto conformemente a

quanto ricorre per il processo civile, e dunque individuando ogni norma che appaia di stretta applicazione da parte della Pubblica Amministrazione senza che in ciò residui alcun margine per apprezzamenti tipicamente discrezionali.

Ma non è soltanto sulla base di quella remota dottrina, che fa sostanzialmente applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e dunque degli articoli 24 e 113 della Costituzione, oltre che dei principi del giusto processo, di cui agli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che pare allo stato muoversi un tuttora minoritario indirizzo della giurisprudenza; occorre, infatti, richiamare a sostegno della lettura delle norme di gara esposta in motivazione alcuni recenti interventi del Legislatore, che non possono essere riguardati atomisticamente, apparendo a parere del Collegio espressione di una *ratio legis* univocamente diretta a rendere più incisivo l'intervento del Giudice amministrativo nell'identico segno dell'affermazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

E' sufficiente per questo verso fare riferimento a quanto innovativamente disposto dalla legge 11.2.2005, n. 15, che ha aggiunto il comma 4 *bis* all'articolo 2 della legge 7.8.1990, n. 241 in materia di silenzio e che, da una parte, ha abrogato la necessità di una previa diffida in materia di

silenzio della pubblica Amministrazione e, dall'altra, ha espressamente autorizzato il Giudice amministrativo a conoscere della fondatezza della domanda.

Altrettanto deve dirsi per l'articolo 21-*octies* della legge 7.8.1990, n. 241, egualmente novellata dalla legge 11.2.2005, n. 15, che, in materia di annullabilità dei provvedimenti amministrativi, ha statuito che ad una siffatta pronuncia non possa pervenirsi ogni volta che, per la natura vincolata del provvedimento, il suo contenuto dispositivo non possa essere diverso.

E' avviso del Collegio pertanto che, dal combinato disposto delle richiamate norme, possa puntualmente ricavarsi che, con riguardo ai giudizi introdotti a seguito del silenzio, sia sopravvenuta sul proscenio processuale, in luogo della mera declaratoria della sua illegittimità, la possibilità del riconoscimento della fondatezza della sottostante pretesa al provvedimento favorevole, come è reso palese dalla potestà del giudice amministrativo di emanare un ordine avente un determinato contenuto rivolto all'Amministrazione; il che del pari deve affermarsi quando, a fronte di un provvedimento a base vincolata, i pur denunciati vizi sul piano formale non incidano sul suo contenuto dispositivo, che resta conseguentemente salvo con conclusiva reiezione della pretesa.

Nelle due distinte ipotesi - del silenzio da una parte e della

non annullabilità di un provvedimento amministrativo formalmente viziato dall'altra - appare dunque chiaramente delinearsi un puntuale indirizzo del Legislatore volto a far emergere il rapporto diretto tra la norma nella specie applicabile e la domanda avanzata dalla parte ricorrente rispetto al quale resta palesemente recessiva ogni mediazione da parte del provvedimento amministrativo formalmente impugnato; alla detta conclusione deve invero pervenirsi ove sia palese il difetto di una riserva amministrativa che ciò imponga e dunque di una potestà che debba essere successivamente riesercitata dopo l'eventuale caducazione dell'atto in sede giurisdizionale.

A parere del Collegio, identico ordine di argomentazioni può essere agevolmente svolto in materia di gare pubbliche e dunque nella sede di una giurisdizione esclusiva, ove la parte ricorrente, che pure affida la sua sorte al formale strumento dell'impugnazione di un provvedimento che abbia disposto l'esclusione assuntamente arbitraria da una gara, ovvero l'aggiudicazione a favore di terzi, affaccia in realtà nel processo rispettivamente la pretesa a concorrere alla competizione concorrenziale, in cui confida di prevalere, ovvero la pretesa all'aggiudicazione in luogo del soggetto che l'abbia conseguita.

Non è dunque la *Schadenfreude* che guida l'azione della parte ricorrente, che persiste a richiedere il formale

annullamento delle determinazioni impugnate, ma la possibilità di poter attingere ad un futuro vantaggio, rispetto al quale l'annullamento della disposta esclusione ovvero la *res sperata* coincidente con l'aggiudicazione in luogo di altri rappresentano il corollario scaturente dalla retta applicazione delle norme della gara pubblica.

Può dunque concludersi sul punto, affermando che, ogni volta che la richiesta cognizione non sia astretta all'obbligo del rispetto della riserva amministrativa e le vicende di gara siano direttamente regolate dalla legge o da atti dell'Amministrazione, che introducano, come sovente ricorre nell'ipotesi di bandi di gare pubbliche, tratti di attività amministrativa vincolata, il Giudice amministrativo non può ritenersi esonerato dal dovere di accertare la fondatezza in concreto delle pretese avanzate in giudizio (cfr. al riguardo, per analoghi riferimenti, Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia 4.11.2005, n. 726 in difforme avviso rispetto all'anteriore pronuncia dell'Adunanza plenaria 9.1.2002, n. 1).

4c. Sulla base delle suesposte considerazioni occorre, inoltre, precisare che l'azione volta a conseguire la reintegrazione in forma specifica nella posizione dell'odierna controinteressata non appare peraltro catalogabile nel quadro della tutela aquiliana formalmente prevista dall'articolo 7, comma 3, della legge 21.7.2000, n. 205,

trovando la relativa domanda il proprio fondamento direttamente nelle norme invocate a suo sostegno e dunque, come ricorre nella specie, nell'accertata insussistenza della preclusione costituita dall'esistenza di un carico tributario definitivamente accertato in violazione del codice degli appalti pubblici; tale statuizione radica dunque l'obbligo della Provincia di provvedere, ripristinando la retta applicazione delle regole della procedura di gara, il che è operazione logicamente anteriore a quella connessa all'applicazione dell'articolo 2043 cod. civ., la cui implicazione si renderà se del caso inevitabile nella sola ipotesi in cui l'adempimento del ridetto obbligo resti inevaso.

Diversamente da quanto recentemente affermato dal T.A.R. per la Puglia - Sezione staccata di Lecce, sez. III, 19.2.2008, n. 530 l'accertamento della fondatezza della domanda di adempimento, cui resta totalmente estranea ogni ricerca della colpa da parte dell'inadempiente, quale all'opposto si configura nella sede risarcitoria, non integra un *"effetto conseguente alla sentenza di annullamento, volendo con ciò intendere che, laddove la decisione sulla domanda impugnatoria affronti tutti i profili, sia formali che sostanziali, della vicenda controversa, si esplica nella sua massima forza il cd. effetto conformativo della sentenza"*; detto accertamento rappresenta al contrario la premessa del

successivo, conseguente annullamento, che deve, infatti, essere pronunciato, ogni volta che sia stata accertata la sussistenza di un obbligo discendente direttamente dalla violazione di una norma dell'indetta gara o da altre disposizioni di rango legislativo o regolamentare a base rigidamente vincolata, la cui retta applicazione avrebbe preteso l'aggiudicazione a favore della parte ricorrente.

4d. E' appena il caso di precisare che la verifica compiuta dal Collegio, da un lato non attiene in alcun modo all'esecuzione del contratto sottoscritto con l'aggiudicatario, dal quale totalmente prescinde, avendo ad oggetto l'esclusiva applicazione della disciplina dell'indetta gara e, dall'altro, che l'interesse ad una pronuncia nel quadro di quella che è stata significativamente denominata la logica della spettanza sussiste del pari incondizionatamente per la ricorrente sia nell'ipotesi che l'adempimento sia successivamente possibile sia che non lo sia: in tale ultima evenienza, infatti, l'avvenuto accertamento della fondatezza della domanda costituirà il fondamento per la determinazione del risarcimento del danno, che non potrà che misurarsi con il pregiudizio concretamente sofferto dalla parte nei cui confronti l'aggiudicazione definitiva avrebbe dovuto essere pronunciata e dunque non soltanto con il danno derivante da mera responsabilità precontrattuale o per *chance* perduta, ma con quello integrato dal lucro

cessante e dal danno emergente, che venissero conseguentemente a configurarsi per l'omessa sottoscrizione del contratto d'appalto per fatto imputabile alla Provincia.

All'accertamento della fondatezza della pretesa della Società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione discende dunque l'obbligo in capo all'Amministrazione provinciale di disporre l'aggiudicazione definitiva alla Società Reale Mutua di Assicurazioni del lotto n. 8 dei servizi assicurativi della Provincia, concernente la responsabilità civile verso terzi e infortuni candidati maestri di sci e guide alpine, e per la durata di anni 3, come previsto dal bando di gara e dall'autonomia che ciascun lotto presenta rispetto agli altri, con conseguente annullamento di tutti i provvedimenti ed atti in questa sede impugnati.

Corollario di quanto precede è l'assorbimento della domanda di risarcimento del danno per equivalente, che resta necessariamente subordinata a quanto statuirà la Provincia in sede di adempimento della presente pronuncia.

5. La particolarità delle questioni giuridiche definite in motivazione giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P. Q. M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. **254** del **2007**, lo **accoglie** nei

termini di cui in motivazione.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Trento, nella camera di consiglio del 19 giugno 2008, con l'intervento dei Magistrati:

dottor Francesco Mariuzzo - Presidente

dottor Lorenzo Stevanato - Consigliere

dottorressa Alma Chiettini - Consigliere estensore

Pubblicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 23 settembre 2008

Il Segretario Generale

dott. Giovanni Tanel