



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3597 del 2010, proposto da:  
SOCIETA' COOPERATIVA AGRICOLA LAGO DI VICO, in  
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa  
dall'Avv. Alessandro Vettori, con domicilio eletto presso lo studio  
dell'Avv. Stefania Casanova sito in Roma, Via Pompeo Trogo, 21;

***contro***

- il MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, in persona del legale  
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso ope legis  
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei  
Portoghesi, 12;

***per l'annullamento***

- del decreto dell'8 febbraio 2010 con cui il Ministero della Giustizia,  
Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei

Servizi, Divisione Generale delle risorse materiali, dei beni e dei servizi, relativamente alla “Procedura in economia per l’acquisizione dei servizi di abbattimento di n. 7 esemplari di Pino adulto, di reimpianto di n. 5 Washintoria e di n. 2 Quercus ilex, nonché messa in sicurezza di tutti gli esemplari arborei presenti nel giardino dell’edificio ministeriale Via Arenula 70”, ha disposto la revoca dell’aggiudicazione adottata a favore della Società Cooperativa Agricola Lago di Vico, ed essendo la società l’unica concorrente, ha, di conseguenza, annullato la gara per mancanza di altri concorrenti validi;

- di ogni altro atto consequenziale o comunque connesso con quello impugnato;

E PER OTTENERE

- il risarcimento del danno subito in forma specifica o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2010 il Consigliere Elena Stanizzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

Esponde in fatto la società odierna ricorrente di aver partecipato alla gara di appalto in economia indetta dal Ministero della Giustizia, avente ad oggetto l'acquisizione dei servizi di abbattimento di n. 7 esemplari di Pino adulto, di reimpianto di n. 5 Washintoria e di n. 2 Quercus ilex, nonché messa in sicurezza di tutti gli esemplari arborei presenti nel giardino dell'edificio ministeriale Via Arenula 70, e di essere risultata aggiudicataria della stessa come da decreto del 16 dicembre 2009.

Successivamente alla produzione, da parte ricorrente, della documentazione attestante il possesso dei prescritti requisiti, l'Amministrazione, mediante adozione del gravato decreto, ha disposto la revoca dell'aggiudicazione in ragione della riscontrata assenza del possesso del requisito di cui all'art. 38, lettera g), del D.Lgs. n. 163 del 2006.

In particolare, è stata ritenuta la sussistenza di violazioni agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse in ragione dell'intervenuta adozione, a carico del rappresentante legale della società, di un decreto penale di condanna opposto in data 2 settembre 2009 per violazioni in materia fiscale, e di una cartella di pagamento con addebiti per omessi versamenti dell'imposta IVA per l'anno 2005, cui si riferisce il decreto penale, per un importo totale di euro 186.155,62.

Tale situazione di omissione dei versamenti delle imposte sarebbe

ulteriormente evidenziata, come si legge nel gravato decreto, dal documento di regolarità fiscale prodotto dalla ricorrente, da cui emerge che tale omissione si riferisce al periodo intercorrente tra il 2001 ed il 2005, pur essendo la società in regola con i pagamenti in virtù di un provvedimento di rateizzazione, con un debito residuo di euro 497.948,14.

Contestualmente alla revoca dell'aggiudicazione, l'Amministrazione ha altresì disposto l'annullamento della gara per essere la ricorrente l'unica partecipante alla stessa.

Avverso il gravato provvedimento deduce parte ricorrente i seguenti motivi di censura:

1 – Illegittimità manifesta del decreto impugnato per violazione ed erronea applicazione della lex specialis e dell'art. 38, comma 1, lettera g), del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990: carenza assoluta di motivazione.

Nel ricordare parte ricorrente come l'art. 38, comma 1, lettera g), del D.Lgs. n. 163 del 2006 preveda, ai fini dell'esclusione dalle gare, che le violazioni degli obblighi di pagamento di imposte e tasse siano definitivamente accertate, come anche confermato dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici e dalla Corte di Giustizia, nonché dalla giurisprudenza amministrativa, precisa che deve essere ritenuta in regola l'impresa che si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o amministrativi avverso atti di accertamento o abbia usufruito di provvedimenti di condono o di rateizzazione entro la data di

scadenza del termine per presentare domanda di partecipazione alla gara, deducendo, pertanto, sotto tale profilo, l'illegittimità del gravato decreto, essendo le cartelle di pagamento insolute oggetto di un provvedimento di rateizzazione emesso in data 17 aprile 2009 ed essendo i relativi pagamenti regolari, come da certificato di regolarità fiscale versato in atti.

Quanto al decreto penale di condanna, precisa parte ricorrente che lo stesso è oggetto di opposizione e quindi non definitivo, procedendo, quanto alle altre cartelle indicate nel provvedimento di rateizzazione, alla descrizione dei giudizi tuttora pendenti avverso le stesse.

2 – Illegittimità del provvedimento per violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 per assenza, illogicità e contraddittorietà della motivazione. Illegittimità per violazione ed erronea applicazione degli artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241 del 1990. Violazione dell'art. 3, comma 4, della legge n. 241 del 1990.

Denuncia parte ricorrente l'omesso avviso di avvio del procedimento volto alla revoca della disposta aggiudicazione e di annullamento della gara, in violazione delle epigrafate norme, anche in ragione dell'assenza di ragioni di interesse pubblico sottese a tali decisioni e la mancanza dei relativi presupposti.

3 – Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 6 e 7 della legge n. 241 del 1990: carenza assoluta di motivazione e di istruttoria. Mancato invio della comunicazione di avvio del procedimento. Violazione del principio del contraddittorio. Eccesso di potere per

sviamento, travisamento ed erronea valutazione dei fatti e per illogicità e contraddittorietà della motivazione.

Denuncia parte ricorrente l'insufficienza della motivazione posta a sostegno della gravata determinazione, nonché la carenza di adeguata istruttoria da svolgersi anche in contraddittorio con la parte.

Lamenta, ancora, parte ricorrente la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, l'erroneità e l'illogicità della decisione laddove, pur dando atto della rateizzazione dei debiti, conclude per l'assenza dei requisiti di cui all'art. 38, lettera g), del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Formula, altresì, parte ricorrente richiesta di risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente, quantificandolo nell'utile presunto del 10% dell'importo di euro 14.180,00 indicato in sede di offerta, pari ad euro 1.480,00.

Si è costituita in resistenza l'intimata Amministrazione sostenendo, con articolate controdeduzioni, l'infondatezza del ricorso con richiesta di corrispondente pronuncia, significando come a seguito di nuova gara, il servizio sia stato aggiudicato ad altro soggetto ed eseguito.

Alla Pubblica Udienza del 10 novembre 2010, la causa è stata chiamata e, sentiti i difensori delle parti, trattenuta per la decisione, come da verbale.

## DIRITTO

Con il ricorso in esame è proposta azione impugnatoria avverso il

decreto – meglio descritto in epigrafe nei suoi estremi – con cui il Ministero della Giustizia ha disposto la revoca dell'aggiudicazione, precedentemente deliberata a favore della società ricorrente, della procedura in economia per l'acquisizione dei servizi di abbattimento di n. 7 esemplari di Pino adulto, di reimpianto di n. 5 Washintoria e di n. 2 Quercus ilex, nonché messa in sicurezza di tutti gli esemplari arborei presenti nel giardino dell'edificio ministeriale Via Arenula 70, disponendo altresì l'annullamento della gara essendo la società l'unica concorrente.

La disposta revoca trova il proprio fondamento giustificativo, per come leggesi nel gravato decreto, nelle risultanze della verifica effettuata, successivamente all'aggiudicazione, in ordine al possesso dei prescritti requisiti.

In particolare, l'Amministrazione resistente ha ravvisato la mancanza del requisito di cui all'art. 38, lettera g), del D.Lgs. n. 163 del 2006, stante la riscontrata sussistenza di violazioni agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse in ragione dell'intervenuta adozione, a carico del rappresentante legale della società, di un decreto penale di condanna opposto in data 2 settembre 2009 per violazioni in materia fiscale, e di una cartella di pagamento con addebiti per omessi versamenti dell'imposta IVA per l'anno 2005, cui si riferisce il citato decreto penale, per un importo totale di euro 186.155,62.

Tale situazione di omissione dei versamenti delle imposte, per come leggesi nel gravato provvedimento, sarebbe ulteriormente evidenziata

dalle risultanze emergenti dal documento di regolarità fiscale, da cui emerge la riferibilità dell'omissione al periodo intercorrente tra il 2001 ed il 2005, con un debito residuo di euro 497.948,14 oggetto di provvedimento di rateizzazione.

Con un primo ordine di censure affida parte ricorrente la proposta azione impugnatoria all'assunto che non possa ritenersi integrata, nella fattispecie in esame, l'ipotesi di cui all'art. 38, lettera g) del D.Lgs. n. 163 del 2006, stante l'insussistenza di violazioni rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse definitivamente accertate, evidenziando in proposito la pendenza di opposizione al decreto penale di condanna e la concessione della rateizzazione del debito dovuto sulla base delle cartelle di pagamento insolute.

La censura merita favorevole esame alla luce della corretta esegesi del contenuto precettivo e della portata della citata disposizione, di cui l'intimata Amministrazione ha fatto applicazione nel caso di specie.

L'art. 38, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163 del 2006, prevede che sono esclusi dalla partecipazione alle gare "coloro che hanno 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". La disposizione riproduce quasi fedelmente quanto previsto per i lavori pubblici dalla lettera g) dell'articolo 75 del d.P.R. n. 554 del 1999, con l'unica variazione della sostituzione del termine "irregolarità" con il termine "violazioni", mentre introduce una novità sostanziale per il settore

dei servizi e delle forniture richiedendo, ai fini dell'esclusione, l'accertamento definitivo della violazione.

Il riferimento alle imposte e tasse va inteso come atecnico e generalmente comprensivo della totalità delle obbligazioni di natura fiscale e tributaria, laddove la necessità che si tratti di violazioni definitivamente accertate individua l'esigenza di un accertamento non più soggetto a contestazione, il che si traduce, alla luce del nostro sistema ordinamentale, in un atto amministrativo inoppugnabile o in una sentenza definitiva, per quelle violazioni che ancora costituiscono reato.

L'accertamento al quale si riferisce la norma è, quindi, quello definitivo, vale a dire quello che non è più contestabile a seguito di decisione giurisdizionale o per mancata impugnazione nei termini del provvedimento che accerta la violazione (ex multis, Cons. Stato, Sez. IV – n. 4817 del 2005).

La ratio della norma è quella di escludere dalla partecipazione alle gare i soggetti che vertano in situazioni di non meritevolezza, in grado cioè di minare negativamente la serietà morale e professionale dei concorrenti incidendo sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante, esigenza viepiù avvertita negli appalti pubblici, settore nel quale l'affidabilità assurge a requisito di qualificazione dell'impresa partecipante.

In proposito, va ricordato che l'art. 38 è direttamente attuativo dell'articolo 45 della Direttiva 2004/18/CE, la quale è palesemente

diretta ad appurare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della Pubblica Amministrazione.

In tale ottica va dunque rilevato, con carattere di logica rispondenza teleologica alla indicata finalità, che una valutazione con significato rigidamente preclusivo di qualsivoglia inadempimento tributario si tradurrebbe in un corrispondente pregiudizio per il principio di libera concorrenza, la cui attuazione 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.

In tale prospettiva va intesa 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). Ciò in quanto ciascuna delle suddette fattispecie, ivi compresa quella

pertinente la posizione tributaria, va ricondotta nell'ambito 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, con la conseguenza che soltanto l'esistenza 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.

Se, così inquadrata, la solvibilità dell'impresa integra necessariamente un concetto giuridico a contenuto indeterminato, la cui ricognizione alla luce di ogni circostanza in fatto è in primis affidata all'Amministrazione, l'ambito di discrezionalità valutativa alla stessa rimesso è delimitato dalle previsioni di cui al citato art. 38, lettera g) del D.Lgs. n. 163 del 2006, che predeterminano le ipotesi in cui le imprese non possono comunque essere escluse dalla partecipazione alle gare, individuando la soglia, oltre la quale non può estendersi la discrezionalità amministrativa in ordine all'esclusione delle imprese, nell'esistenza di violazioni definitivamente accertate.

La questione interpretativa che occorre, dunque, affrontare ai fini del riscontro - con riferimento alla fattispecie in esame - della ricorrenza degli elementi ostativi, di cui alla norma in questione, alla

partecipazione alla gara da parte della società ricorrente, è quella inerente l'esatta portata da assegnare a tale locuzione, laddove fa riferimento alla definitività dell'accertamento delle violazioni in materia tributaria e fiscale.

Richiamato come – secondo quanto già sopra precisato – un accertamento possa considerarsi definitivo se consegue ad una decisione giurisdizionale, di ultimo grado o comunque passata in giudicato in ragione della scadenza dei termini per proporre gravame, o ad un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile, la ricognizione della cui ricorrenza non presenta invero dubbi interpretativi, il riscontro in ordine alla sussistenza di violazioni definitivamente accertate va ulteriormente coordinata con l'incidenza ed il rilievo da attribuirsi a provvedimenti di condono o di rateizzazione dei debiti in materia fiscale o tributaria.

In tale direzione possono trarsi utili indicazioni dalle pronunce della Corte di Giustizia (9 febbraio 2006, C226/04 e C-228/04) e dei giudici amministrativi nazionali (TAR Lazio – Roma – Sez. III – 14 agosto 2008 n. 7842; TAR Campania – Salerno – 26 maggio 2009 n. 2665), laddove si afferma che se l'impresa si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o amministrativi avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono fiscale o previdenziale o, infine, abbia ottenuto una rateizzazione o riduzione del debito, la stessa deve essere considerata in regola, a condizione che provi di aver

presentato ricorso o di aver beneficiato di tali misure, entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione dell'offerta.

L'operatore economico deve, quindi, dimostrare di avere beneficiato di tali misure o di avere proposto i predetti ricorsi, e ciò entro la scadenza del termine di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione in caso di procedure ristrette.

L'essenzialità di tale condizione discende dalla natura del requisito della regolarità tributaria, che costituisce presupposto per la partecipazione alla procedura di affidamento, e che deve quindi sussistere al momento della scadenza del termine di partecipazione ed essere mantenuto per tutto lo svolgimento della gara fino all'aggiudicazione (Consiglio di Stato – Sez. IV – 20 settembre 2005 n. 4817; T.A.R. Lazio - Roma - Sez. III - 5 marzo 2009, n. 2279; T.A.R. Puglia Bari - Sez. I, 12 giugno 2008, n. 1479).

Ne discende che, così come sarebbe irrilevante un adempimento tardivo (Consiglio di Stato - Sez. IV - 30 gennaio 2006, n. 288) per converso, ai fini dell'esclusione, la definitività dell'accertamento deve parimenti sussistere al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione.

L'eventuale violazione di obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, pur se definitivamente accertata, perde dunque la sua efficacia ostativa alla partecipazione alle gare di appalto se e quando l'operatore economico regolarizzi la propria posizione attraverso

provvedimenti di condono o di rateizzazione del debito accertato.

Ciò in coerenza con la considerazione che il rapporto tra il fisco e i contribuenti è di tipo continuativo e le irregolarità sono, pertanto, suscettibili di essere sanate a seguito di accordi transattivi o di adempimenti soddisfattivi, con conseguente incidenza di tali provvedimenti sananti sulla durata dell'efficacia ostativa delle violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, dovendo conseguentemente attribuirsi esclusivo rilievo, ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, alla circostanza che, al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione, l'operatore economico non versi in una situazione di irregolarità tributaria definitivamente accertata.

Le suesposte considerazioni si pongono in linea con quanto espresso dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture nella determinazione n. 1 del 12 Gennaio 2010 – recante indicazioni interpretative ed applicative in materia di requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti - nonché nella Circolare n. 34/E dell'Agenzia delle Entrate del 25 maggio 2007.

Con quest'ultima, in particolare, l'Agenzia delle Entrate ha fornito gli indirizzi operativi ai propri uffici locali in merito alle modalità di

attestazione della regolarità fiscale delle imprese partecipanti a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, alla luce della nuova normativa introdotta dal D.Lgs. n. 163 del 2006, stabilendo che la regolarità fiscale deve ritenersi sussistente quando, alternativamente, a carico dell'impresa, non risultino contestate violazioni tributarie mediante atti ormai definitivi per decorso del termine di impugnazione, ovvero, in caso di impugnazione, qualora la relativa pronuncia giurisdizionale sia passata in giudicato, e nel caso in cui, in presenza di violazioni tributarie accertate, la pretesa dell'Amministrazione finanziaria risulti, alla data di richiesta della certificazione, integralmente soddisfatta, anche mediante definizione agevolata.

La circolare precisa, inoltre, che non può essere considerata irregolare la posizione dell'impresa partecipante qualora sia ancora pendente il termine di sessanta giorni per l'impugnazione (o per l'adempimento) ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, non sia passata ancora in giudicato la pronuncia giurisdizionale.

Trattasi di indicazioni coerenti al sistema dell'imposizione tributaria e rispondenti alla sopra illustrata ratio sottesa alla previsione di cui all'art. 38, lettera g) del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Ricostruita, nei termini di cui sopra, la portata applicativa da annettersi alla causa ostativa alla partecipazione alle gare pubbliche disciplinata dalla citata norma, occorre quindi declinare le relative coordinate di riferimento alla fattispecie in esame.

In tale direzione, va rilevato, quanto al debito tributario cui si riferisce il decreto penale di condanna per violazione dell'art. 10 ter del D.Lgs. n. 74 del 2004, cui fa riferimento il gravato decreto, che lo stesso è stato opposto in data 2 settembre 2009, circostanza questa di cui il decreto dà peraltro atto.

Non può, conseguentemente riconoscersi, in coerenza con i sopra illustrati parametri di riferimento ed alla luce della portata da annettersi alla nozione di definitività delle violazioni in materia tributaria e fiscale, alcuna valenza ostativa alla partecipazione alla gara da parte della ricorrente all'intervenuta adozione del citato decreto penale di condanna che, in quanto opposto in data anteriore a quella di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non attesta alcuna violazione definitivamente accertata.

Ne consegue, ulteriormente, che la cartella di pagamento con addebiti per omessi versamenti dell'imposta IVA per l'anno 2005, cui si riferisce il decreto penale di condanna, per un importo totale di euro 186.155,62, non costituisce circostanza idonea a fondare l'esclusione dalla gara della società ricorrente, non essendosi formato al riguardo un accertamento definitivo stante la pendenza della proposta opposizione.

Analoghe considerazioni, convergenti nella direzione dell'insussistenza, in capo alla società ricorrente, delle cause ostative di cui all'art. 38, lettera g), del D.Lgs. n. 163 del 2006, vanno svolte

con riferimento alle risultanze emergenti dal documento di regolarità fiscale – cui il gravato decreto fa riferimento – in base al quale l'omissione dei versamenti delle imposte si riferirebbe al periodo intercorrente tra il 2001 ed il 2005.

Come attestato dal citato documento di regolarità fiscale emesso dall'Agenzia delle Entrate in data 4 dicembre 2009 e come peraltro riferito nello stesso decreto impugnato, le cartelle cui si riferiscono gli omessi versamenti sono state oggetto di provvedimenti di rateizzazione e la società ricorrente risulta essere in regola con i relativi pagamenti a fronte di un debito residuo di euro 497.948,14.

La fruizione del beneficio della rateizzazione del debito cui le cartelle di pagamento insolute si riferiscono e la regolarità nei pagamenti rateali, preclude la possibilità di ritenere la sussistenza, nei confronti della ricorrente, della causa ostativa di cui all'art. 38, lettera g), del D.Lgs. n. 163 del 2006, e ciò in coerente applicazione dei principi sopra illustrati, come enunciati dalla Corte di Giustizia e dalla giurisprudenza amministrativa, e confermati dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture nella propria determinazione n. 1 del 12 Gennaio 2010 e dall'Agenzia delle Entrate nella propria Circolare n. 34/E del 25 maggio 2007, in base ai quali deve essere considerata in regola l'impresa che si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o amministrativi avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono fiscale o previdenziale o, infine, abbia ottenuto una rateizzazione o riduzione del debito.

Quanto all'ulteriore condizione cui è subordinato l'accertamento della regolarità fiscale e tributaria dell'impresa, ovvero l'aver presentato ricorso avverso atti di accertamento del debito o di aver beneficiato delle predette misure agevolative entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione dell'offerta, il Collegio non può che rilevarne, nella fattispecie in esame, la ricorrenza.

Ed invero, quanto al decreto penale di condanna si è già rilevato che lo stesso è stato opposto in data 2 settembre 2009, a fronte del termine di scadenza per la presentazione delle offerte fissato nella lettera di invito nel 9 novembre 2009, e successivamente rettificato nel 9 dicembre 2009.

Rispetto a tale data risulta, inoltre, essersi altresì già perfezionato il procedimento di rateizzazione delle cartelle di pagamento insolute, rispetto alla quale la società ricorrente risulta essere in regola con i pagamenti.

Se, dunque, in ragione delle illustrate considerazioni, la società ricorrente non poteva – alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara - essere considerata non in regola sotto il profilo fiscale, perdono altresì rilievo le ulteriori considerazioni, recate nel gravato decreto, circa l'aver la ricorrente contravvenuto “a quanto autodichiarato in fase di presentazione dell'offerta, affermando, cioè, di essere in regola con quanto stabilito dall'art. 38, punto g”.

L'Amministrazione resistente ha, difatti, ritenuto, sulla base della documentazione acquisita successivamente all'aggiudicazione della gara in fase di accertamento del possesso dei prescritti requisiti, la sussistenza in capo alla ricorrente di violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse in ragione, come dianzi accennato, del decreto penale di condanna e delle cartelle di pagamento oggetto di provvedimenti di rateizzazione, ritenendo su tale base la contrarietà al vero delle dichiarazioni rese sul punto dalla ricorrente in sede di autocertificazione.

In proposito, giova ricordare la previsione in base alla quale, per adempiere alle prescrizioni del citato art. 38, l'impresa deve attestare la propria regolarità fiscale esibendo alla stazione appaltante una dichiarazione sostitutiva, resa in conformità alle disposizioni del D.P.R. n. 445 del 2000 (art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006).

In relazione alle conclusioni rassegnate sul punto dalla resistente Amministrazione in esito agli accertamenti svolti, rileva il Collegio che, non essendo gli indicati elementi, per le ragioni illustrate, idonei a comprovare la mancanza del requisito di partecipazione di cui all'art. 38, lettera g) del D.Lgs. n. 163 del 2006, nessuna falsità o erroneità nella autocertificazione rilasciata dalla ricorrente è ravvisabile sotto tale specifico profilo.

Discende, quale conseguenza delle considerazioni sin qui illustrate,

che non è riscontrabile, nei riguardi della società ricorrente, la ricorrenza della causa ostativa alla partecipazione alla gara in questione prevista dall'art. 38, lettera g) del D.Lgs. n. 160 del 2006, dovendo, per l'effetto, ritenersi l'illegittimità del gravato decreto che, nell'affermare l'ascrivibilità alla stessa di violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, ha disposto la revoca dell'aggiudicazione in precedenza effettuata a favore della ricorrente, il che ne comporta il relativo annullamento.

Tanto delibato, residua all'esame del Collegio la pronuncia in ordine alla proposta domanda di risarcimento del danno subito dalla società ricorrente per effetto dell'illegittima revoca dell'aggiudicazione della gara, da effettuarsi in forma specifica – tramite adozione della richiesta pronuncia in ordine alla spettanza dell'aggiudicazione della gara alla ricorrente – o per equivalente.

Con riferimento alla spettanza del diritto della ricorrente ad ottenere il richiesto risarcimento, il Collegio non può che rilevare la fondatezza della pretesa, sussistendo, nella fattispecie, a fronte dell'annullamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione adottato sulla base del presupposto, illegittimamente assunto, che la società dovesse essere esclusa dalla gara, l'esercizio illegittimo dell'azione amministrativa e la sussistenza del titolo all'aggiudicazione.

Ed infatti, la proposizione dell'azione risarcitoria, conseguente

all'accertamento dell'illegittimità dell'azione dell'amministrazione è preclusa solo nei casi in cui – diversamente dalla fattispecie in esame – l'accoglimento della domanda tendente a far dichiarare detta illegittimità implichi una riedizione del potere da parte dell'Amministrazione, all'esito della quale, e solo all'esito della quale, può essere valutata la fondatezza o meno della domanda risarcitoria in ragione della spettanza del titolo all'aggiudicazione.

Nel caso in esame, invece, essendo la ricorrente l'unica partecipante alla gara ed avendo la stessa ottenuto l'aggiudicazione che è stata successivamente illegittimamente revocata, la spettanza dell'aggiudicazione è un dato certo ed incontrovertibile, idoneo a fondare il diritto al risarcimento del danno, e ciò coerentemente con la necessità e vincolatività, in sede di decisione sulla domanda di risarcimento del danno, del previo o contestuale accertamento circa l'illegittimità dell'atto, operato dal giudice amministrativo in sede di giudizio di impugnazione.

La pretesa risarcitoria, essendo nelle more del giudizio intervenuta una nuova aggiudicazione della gara che, secondo quanto rappresentato dalla resistente Amministrazione, è stata interamente eseguita, non può ritenersi assorbita dalla pronuncia di annullamento del gravato provvedimento, non potendo dallo stesso derivare alla ricorrente l'utilità sperata consistente nell'aggiudicazione della gara ed il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere, con conseguente preclusione alla possibilità di riconoscimento del

risarcimento del danno in forma specifica, il quale va, quindi, liquidato per equivalente.

Ed infatti, fermo restando che i danni da mancata aggiudicazione vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara, laddove tale rinnovo non sia possibile, deve farsi luogo al risarcimento per equivalente.

Quanto alla quantificazione del risarcimento, ritiene il Collegio accoglibile la richiesta formulata da parte ricorrente in ordine alla corresponsione dell'importo pari al 10% dell'offerta presentata, il quale costituisce la misura presuntiva dell'utile che l'aggiudicatario di una gara potrebbe ricavare dall'esecuzione della stessa.

Ed infatti, nel caso in cui l'esecuzione di un appalto di servizio sia stata medio tempore effettuata, l'Amministrazione deve essere condannata al risarcimento del danno subito dalla concorrente illegittimamente esclusa che ne sarebbe risultata aggiudicataria, dovendo il danno da lucro cessante, in via generale, essere risarcito riconoscendo la spettanza dell'utile d'impresa nella misura del 10% dell'offerta, in base al criterio di cui all'art. 345, della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F.

Tale voce di danno, quantificabile con il menzionato parametro presuntivo del mancato guadagno, va nella fattispecie in esame quantificata nella misura di euro 1.418,00, pari al 10% dell'offerta presentata dalla società ricorrente.

In conclusione, alla luce delle considerazioni sin qui illustrate, il

ricorso in esame va accolto nella sua parte impugnatoria, con conseguente annullamento del gravato decreto.

Va, altresì, accolta la domanda di risarcimento del danno spiegata dalla parte ricorrente, che va liquidato per equivalente nella misura sopra indicata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

- Roma -Sezione Prima -

Definitivamente pronunciando sul ricorso N. 3597/2010 R.G., come in epigrafe proposto, lo accoglie nel senso di cui in motivazione e per, l'effetto, annulla il gravato decreto.

Condanna l'Amministrazione resistente al risarcimento del danno a favore della parte ricorrente nella misura indicata in motivazione.

Condanna la resistente Amministrazione al pagamento a favore di parte ricorrente delle spese di giudizio, che liquida in complessivi euro 1.000 (mille).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Elena Stanizzi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)