

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO
Sezione Seconda

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 8720/08, proposto da
F. L. G., rappresentato e difeso dagli avv. ti M. R. R., R. F. e A. F.,
elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Roma, via G., n.
72;

CONTRO

Ministero dell'economia e delle finanze, in persona del Ministro *p.t.*,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la
cui sede domicilia in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
Società XXX e Consorzio XY, in persona dei legali rappresentanti *p.t.*,
rappresentati e difesi dall'avv. M. F., presso lo studio del quale
elettivamente domicilia in Roma, via C., n. 56;
YYY, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentato e difeso
dagli avv. ti V. P. e G. T., con i quali elettivamente domicilia in Roma,
via N., n. 144;
ZZZ, in persona del legale rappresentante *p.t.*, non costituito in
giudizio;
KKK, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentato e difeso
dagli avv. ti G. D. R., L. C. e F. F.
con i quali elettivamente domicilia presso l'Avvocatura centrale
dell'Istituto in Roma, via della F., n. 17;
M. Z., rappresentato e difeso dall'avv. E. M., presso lo studio del quale
elettivamente domicilia in Roma, p.za M., n. 8;
Società JJJ e HHH, in persona dei legali rappresentanti *p.t.*, non
costituiti in giudizio;
Società WWW, non costituita in giudizio;

PER L'ANNULLAMENTO

previa sospensione, del verbale d'asta aggregata n. 10, del 6 agosto
2008, relativamente al lotto 10.13 - "Lazio C" e dell'atto di
aggiudicazione del nominato lotto, nonché di tutti gli atti presupposti,
connessi e consequenziali.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di: Ministero dell'economia e
delle finanze, Società XXX e Consorzio XY, YYY, KKK e M. Z.;

Visto l'atto di proposizione di motivi aggiunti;

Viste le memorie difensive depositate dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 14 gennaio 2009, la dr.ssa A. B. ;
uditi l'avv. A. F., l'avv. T. in delega per la società YYY e l'avv. F. e
l'avv. dello Stato C.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 23 settembre 2008, depositato in pari data, l'istante espone di aver partecipato alla procedura concorsuale indetta dalla XXX e dal Consorzio XY con avviso d'asta aggregata 26 giugno 2008, n. 10 relativa a vendita di unità immobiliari aggregate a destinazione non residenziale facenti parte del patrimonio pubblico oggetto di dismissione. Ciò con riferimento al lotto indicato con il numero 10.13 - "Lazio C", prezzo a base d'asta aggregata Euro 4.475.632,00, consistente in 61 unità immobiliari ubicate nel Comune di Roma, costituite da autorimesse, box e posti auto per una superficie complessiva di mq. 7.800 ca., con valore indicato dei singoli immobili in asta individuale di Euro 6.991.228,00.

Prosegue il ricorrente illustrando che il regolamento di gara, all'art. 2, prevedeva l'obbligo di garantire l'offerta con la costituzione di un deposito cauzionale pari al 10% del prezzo a base d'asta del lotto, mediante versamento o bonifico bancario ovvero presentazione di garanzia bancaria o polizza fideiussoria assicurativa a prima e semplice richiesta rilasciata a favore della XXX da primario istituto di credito o primaria compagnia di assicurazione iscritta nell'elenco ISVAP delle imprese autorizzate all'esercizio del ramo cauzioni secondo lo schema ivi allegato. Per le ipotesi di inosservanza dell'obbligo di presentazione della garanzia ovvero di presentazione di fideiussione bancaria o polizza fideiussoria non conforme allo schema, il medesimo articolo prevedeva l'esclusione dalla procedura.

Ciò posto, il ricorrente narra che con verbale d'asta aggregata 6 agosto 2008, n. 10 la commissione aggiudicatrice constatava la regolarità delle quattro domande di partecipazione pervenute per il compendio in questione, anche con riferimento alla presentazione del deposito cauzionale, procedeva allo scrutinio delle relative offerte economiche e perveniva all'aggiudicazione del lotto alla più alta, proveniente dal Sig. M. Z. (Euro 5.700.000,00). L'offerta del ricorrente, assistita da deposito cauzionale a mezzo di bonifico bancario dell'importo di Euro 447.563,200, si posizionava al secondo posto della graduatoria.

In detta sede, il ricorrente rappresenta di aver informalmente appreso:

- che l'aggiudicatario aveva presentato a garanzia dell'offerta una fideiussione rilasciata dalla NN s.p.a.;
- che l'aggiudicatario aveva partecipato alla procedura per più lotti (scelta, si ritiene, facilitata dai minori costi delle garanzie ottenute rispetto a quella prescritta), risultando aggiudicatario anche in relazione ad altro lotto (10.11);
- che in entrambe le procedure (lotti 10.13 e 10.11) altro soggetto, la HHH., aveva presentato offerta con garanzia rilasciata dalla ridetta NN.

Il ricorrente espone ancora di aver verificato successivamente che la NN non era in possesso di alcuno dei requisiti che ai sensi della *lex specialis* abilitavano al rilascio della garanzia per la partecipazione alla procedura, e di aver esperito l'accesso agli atti in data 4 settembre 2008, con contestuale istanza di procedere in autotutela per l'ipotesi dell'accertamento della irregolarità della partecipazione dell'aggiudicatario del lotto di interesse. Per l'effetto, il Consorzio

XY indicava le modalità per l'accesso e richiamava la verifica di completezza e conformità effettuata dalla commissione aggiudicatrice.

Infine, si narra che l'accesso agli atti, materialmente intervenuto in data 10 settembre 2008, nel quale peraltro non veniva rilasciata copia della garanzia prestata dallo Z. per la procedura di cui al lotto 10.13 (per il quale il ricorrente aveva concorso) né veniva consentito l'accesso agli atti relativi al lotto 10.11, confermava al ricorrente la conclusione di cui sopra.

Esperate ulteriori richieste documentali e conoscitive, rimaste inevase, il ricorrente ha indi proposto il gravame all'odierno esame.

Questi i motivi di ricorso.

1) Violazione e falsa applicazione del regolamento di gara, con particolare riferimento agli artt. 2 e 4 - eccesso di potere per erroneità di motivazione ed errore nei presupposti di fatto e di diritto - violazione e falsa applicazione dei principi delle gare pubbliche ed, in particolare, del principio di valutazione delle offerte, di esclusione dalle gare e della *par condicio* - manifesta ingiustizia - violazione del principio del buon andamento - sviamento.

Le denunce illegittimità si incentrano sulla mancata esclusione dalla procedura dell'offerta poi risultata aggiudicataria (ma anche di quella formulata da HHH) per mancato rispetto dell'obbligo di garantire l'offerta nelle rigorose modalità individuate dagli atti della procedura, la cui inosservanza era prevista quale causa di esclusione, al fine di evitare il rischio di insolvenza a carico dell'amministrazione, di cui poi, esaminando in dettaglio la fattispecie, si mette in evidenza la probabilità, stante l'inaffidabilità economica dell'aggiudicatario e del garante.

2) Violazione degli artt. 5 e ss. l. 241/90.

Nel procedimento sarebbe mancata l'indicazione del responsabile.

2. Con atto notificato in data 26 settembre 2008, depositato il successivo 29 settembre, il ricorrente ha formulato motivi aggiunti di gravame (violazione e falsa applicazione dei principi delle gare pubbliche, e segnatamente dei principi di valutazione delle offerte, di esclusione dalle gare, della *par condicio*, della segretezza delle offerte e della trasparenza della competizione - manifesta ingiustizia, violazione del principio di buon andamento - sviamento), con i quali denuncia che lo Z. e HHH costituiscono un'unica entità decisionale.

Ciò in quanto, come da allegati annunci di stampa specializzata, i principali immobili di cui al lotto 10.13 sono stati messi in vendita indicando come referente un numero telefonico intestato a HHH, e la NN, per la gara *de qua*, ha rilasciato lo stesso giorno quattro fidejussioni, due a Z. e due a HHH.

3. Si è costituito in resistenza il Consorzio XY, affidatario della contestata procedura.

3.1. Quanto alle censure formulate in ricorso, il Consorzio ha preliminarmente confermato la ricostruzione in fatti effettuata dal ricorrente ed ha rappresentato che il sig. Z., che ha presentato offerta per persona da nominare, ha provveduto alla nomina del compratore indicando la WWW., che ha rilasciato fideiussione integrativa.

Nel merito, il Consorzio ha sostenuto che il bando non precisava quale fosse il regolamento d'asta di riferimento, facendo obbligo ai ricorrenti

di visionare i documenti pubblicati sul sito *web* del Consorzio; detto sito conteneva il riferimento a due distinti regolamenti, quello cui si riferisce il ricorrente ed altro, versato in atti, che prevede espressamente il rilascio di fideiussione da parte di intermediari finanziari. Di talchè, prosegue il Consorzio, la commissione di gara ha legittimamente operato, in quanto, a fronte di tale discrasia, ha fatto applicazione del principio del *favor participationis*, che assume nella specie valore ancor più cogente trattandosi di individuare il soggetto disposto a massimizzare il prezzo di acquisto. E tale scelta non andava motivata, gravando tale obbligo solo per le esclusioni.

Espone ancora il Consorzio che, in ogni caso, una diversa lettura degli atti di gara sarebbe in ogni caso impedita dalla impraticabilità di una clausola preclusiva dell'ammissibilità di una garanzia rilasciata da un intermediatore finanziario, che sarebbe nulla o comunque suscettibile di inficiare la procedura per contrarietà alla norma, espressiva di un principio generale, di cui all'art. 75, d. lgs. 163/06, che consente ai partecipanti di avvalersi di tali soggetti.

Infine, sempre secondo il Consorzio, la tesi propugnata dal ricorrente involve in eccessivo formalismo e irragionevolezza, in quanto pretende una diligenza da parte dei concorrenti per finalità non degne di nota o di rilievo ovvero non corrispondenti ad un particolare interesse dell'amministrazione, considerato che la funzione della cauzione è da ritenere meramente sollecitatoria (per evitare offerte emulative) come è dato rilevare dalla circostanza che la causa della stessa si esaurisce al momento della stipula del rogito, nel quale il compratore deve obbligatoriamente versare l'intero prezzo a mezzo di assegno circolare.

Infine, si espone che la tesi del ricorrente risulta altresì contraria al fine della cartolarizzazione, costituito dalla massimizzazione dell'incasso, raggiunto nella specie, essendo risultata l'offerta dell'aggiudicatario maggiore di oltre Euro 900.000,00 rispetto a quella del ricorrente e che le considerazioni svolte in relazione alla solidità economica della NN e dell'aggiudicatario sono inconferenti, non spettandone al Consorzio XY il controllo. Da ultimo, il Consorzio non è tenuto alla nomina del responsabile del procedimento e, se così fosse, questi sarebbe senz'altro da individuare nel proprio vertice.

3.2. Quanto ai motivi aggiunti, il Consorzio rileva che, alla luce degli atti di gara, la circostanza messa in evidenza dal ricorrente non è rilevante, atteso che la stessa è idonea solo ad evidenziare l'intervenuto conferimento di un incarico di vendita.

4. Si sono altresì costituiti in resistenza il Ministero dell'economia e delle finanze, che non ha formulato alcuna specifica difesa, YYY e KKK.

I predetti Istituti hanno innanzitutto eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, essendo entrambi incaricati della gestione della vendita dei soli immobili ad uso residenziale.

Nel merito, si sono allineati alle difese svolte dal Consorzio XY.

5. Infine, si è costituito in resistenza il sig. Z., che ha confermato di aver nominato in data 16 settembre 2008 quale aggiudicataria la WWW, concludendo che, conseguentemente, il gravame non spiega effetto nei suoi confronti e si profila non integro nel contraddittorio.

6. Con ordinanza 8 ottobre 2008, n. 4717, la domanda di sospensione interinale degli effetti dell'atto impugnato è stata accolta, nei limiti

dell'interesse azionato e, pertanto, con riferimento agli atti relativi al lotto per il quale il ricorrente ha concorso (come specificato nella successiva ordinanza 6 novembre 2008, n. 5160, adottata su istanza del Consorzio XY).

7. Il ricorso è stato indi trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 14 gennaio 2009.

8. Com'è d'uopo, va affrontato in via preliminare l'esame delle questioni pregiudiziali.

8.1. Con riferimento alle eccezioni spiegate dallo Z., il Collegio rileva in primo luogo che il contraddittorio processuale si profila integro, in quanto, come anche di recente affermato dalla Sezione, non rivestono la posizione di controinteressati in senso tecnico i soggetti (quali la WWW) che rinvergono la loro posizione di vantaggio non direttamente dall'atto impugnato, bensì da atti successivi e conseguenti che restano automaticamente travolti dall'annullamento del primo (1° luglio 2008, n. 6339).

Invero, la qualità di controinteressato all'annullamento di un provvedimento amministrativo va accertata con riferimento alla data di emanazione del provvedimento stesso, a nulla rilevando le situazioni sopravvenute e salva la facoltà dei cd. controinteressati successivi di intervenire in giudizio o di appellare la sentenza sfavorevole (C. Stato, V, 18 gennaio 2006, n. 128).

In ogni caso, sul punto, va anche rilevato che il ricorrente ha provveduto nelle more del giudizio a notificare il ricorso e i motivi aggiunti alla WWW, nominata aggiudicataria.

8.2. Per converso, in applicazione degli stessi principi testè ricordati, non può affermarsi l'estraneità dello Z. all'esito della vicenda per cui è causa.

8.3. Deve invece essere accolta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva spiegata da YYY e ZZZ e KKK, soggetti che non risultano aver rivestito alcun ruolo a rilevanza esterna nel contestato procedimento di cui trattasi e che sono ergo insuscettibili di essere individuati quali destinatari degli effetti che scaturiscono dalla decisione giurisdizionale.

9. Nel merito, il ricorso è fondato.

9.1. Va, innanzitutto, precisato, che non assume rilevanza nel presente contenzioso l'argomentazione, spesa in più parti delle difese resistenti, che l'offerta presentata dal controinteressato sia risultata notevolmente superiore di quella formulata dall'acquirente.

E ciò per un duplice ordine di ragioni.

La prima è che si discute in questa sede proprio dell'ammissibilità della prima, e, dunque, della ricorrenza delle condizioni cui è imprescindibilmente subordinata e la valutazione della stessa nel merito e la comparazione con la seconda.

Inoltre, seppur possa essere postulato che gli interventi di dismissione del patrimonio pubblico, quale quello di cui si discute, tendono alla massimizzazione del prezzo di vendita degli immobili che ne formano oggetto, è altresì vero che lo strumento tramite cui pervenire all'obiettivo prefissato è stato individuato nella procedura concorsuale, di talchè la detta finalità può ritenersi raggiunta solo mediante il regolare espletamento della procedura stessa. Diversamente opinando, si

perverrebbe a conclusioni manifestamente contrastanti con il principio del buon andamento che deve imprescindibilmente connotare l'esercizio della funzione amministrativa.

9.2. Ciò posto, il Consorzio XY ha in primo luogo sostenuto che l'ammissione dell'offerta presentata dallo Z. sia stata legittimamente disposta per effetto di una certa ambiguità degli atti di gara, che ha imposto alla commissione aggiudicatrice di far ricorso al principio del *favor participationis*.

L'equivocità sarebbe stata determinata dalla circostanza della contestuale pubblicazione sul sito *web* di due diversi regolamenti, il primo, quello invocato dal ricorrente, comportante giocoforza l'esclusione dell'offerta dello Z., il secondo comportante l'opposta opzione.

Ma l'argomentazione non convince.

Primaria regola delle procedure concorsuali, quale diretta conseguenza della necessità di assicurare nella fase dello svolgimento della selezione la conservazione della *par condicio* nella quale i partecipanti versano al momento della indizione, e garantire quindi la reale funzionalità del meccanismo competitivo, è la rigorosa valutazione della conformità delle domande di partecipazione al modello dettato nel bando. Per essere tenuti indenni da illegittimità, gli eventuali scostamenti dal predetto canone devono essere fondati su presupposti di chiara, immediata ed assorbente evidenza.

Diversamente opinando, il principio del *favor participationis* involverebbe nella negazione della stessa ragion d'essere della procedura.

Nella vicenda all'esame, pur volendosi ammettere la circostanza (indimostrata e, comunque, di difficile dimostrazione) che i due regolamenti figurassero contemporaneamente sul sito *web* del Consorzio cui rimandava l'avviso d'asta per la presa conoscenza delle regole della procedura, sarebbe comunque da escludersi che il secondo regolamento, attinente ad asta "*di singole unità immobiliari*" possa aver creato nei partecipanti all'asta *de qua*, strutturata quale "*aggregata di lotti contenenti unità immobiliari*", un qualche convincimento meritevole di particolare considerazione da parte dell'organo precedente.

Invero, la differenziazione delle due procedure non poteva dar adito ad alcun dubbio, come è agevolmente riscontrabile e dal titolo dell'avviso della gara di cui qui trattasi e dalle modalità di vendita.

9.3. Il Consorzio resistente sostiene poi che l'art. 2 del regolamento di gara, qualora interpretato nel senso di escludere l'ammissibilità di garanzie da parte di società di intermediazione finanziaria, sarebbe stato da considerarsi nullo o, quanto meno, annullabile per contrarietà a norma imperativa.

Neanche tale originale argomentazione risulta convincente.

E' noto che nel diritto amministrativo, nel quale pacificamente la vicenda si situa (dovendosi quindi escludere la ventilata operatività dell'art. 1418 c.c., che, tra l'altro, nell'ambito del diritto civile, è riferito ai contratti), la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto

avviene nel diritto civile dove la regola generale è quella della nullità.

La sanzione della nullità del provvedimento, prima prevista solo con riferimento ad ipotesi peculiari, è all'attualità regolata dall'art. 21-septies, l. 241/1990, che prevede che il provvedimento amministrativo è nullo quando: a) manchi degli elementi essenziali; b) sia viziato da difetto assoluto di attribuzione; c) sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato; d) in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge.

Le cause di nullità del provvedimento amministrativo devono quindi oggi intendersi quale numero chiuso (C. Stato, V, 28 febbraio 2006, n. 891), e la fattispecie all'esame non risulta rientrare in alcuna di esse.

Neanche è sostenibile che l'art. 75, d.lgs. 163/06, che elenca gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107, d. lgs. 385/93 tra i soggetti potenzialmente idonei a prestare garanzie a favore dell'amministrazione, determini un'automatica integrazione del regolamento.

La previsione normativa ha, invero, un carattere abilitativo generale ed astratto, nonché attinente ad un diverso contesto normativo, e risulta del tutto inidonea a esplicare autonomamente, ove cioè non fatta propria dalle regole di gara, effetti nel conseguente procedimento, e ciò pur in disparte ogni considerazione sulla intrinseca suscettibilità dell'atto regolamentare di essere fatto oggetto dell'applicazione dell'art. 1339 c.c. ovvero della configurabilità del citato art. 75 nei termini di norma imperativa agli effetti di cui si discute. (Nei riguardi del regolamento di gara non risulta applicabile il principio dell'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge, in quanto quest'ultima è giustificata solo dall'esigenza, inconfigurabile nella fase procedimentale di scelta del contraente della p.a., di prevedere un meccanismo che garantisca l'applicazione ai contratti già stipulati delle norme inderogabili che impongono il contenuto delle obbligazioni e dei diritti nascenti dall'accordo e la contestuale conservazione della validità e dell'efficacia di quest'ultimo - C. Stato, V, 5 ottobre 2005, n. 5316).

9.4. Infine, un eventuale fondato convincimento dell'illegittimità del regolamento (ovvero dell'art. 2 qui in discussione), sussistendone tutte le condizioni, avrebbe potuto e dovuto essere fatto constare con l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'organo procedente, e giammai con l'avvalimento da parte della commissione di gara, sfornita, in merito, di qualsiasi discrezionalità, di una prerogativa (ammissione di domande non conformi al bando) di cui essa non può assolutamente dirsi titolare.

9.5. Priva di intrinseco pregio e anch'essa insuscettibile di formare oggetto di valutazione discrezionale da parte della commissione aggiudicatrice è infine l'argomentazione che la stretta osservanza delle regole di gara in punto di prestazione della garanzia non corrispondesse ad un particolare interesse dell'amministrazione.

La potestà di dettare le regole della procedura si era invero esaurita con l'adozione del bando e del regolamento da parte degli organi competenti: è a tali atti riconducibile il compito di attagliare la documentazione da presentare a corredo della domanda in modo da soddisfare la funzione ad essa propria.

10. Per tutto quanto precede, in accoglimento del primo motivo di ricorso, di carattere assorbente, va disposto l'annullamento dell'atto impugnato, nei limiti dell'interesse azionato.

Le spese di giudizio possono nondimeno essere interamente compensate tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 8720/08, proposto da F.D. L., come in epigrafe, dichiara la carenza di legittimazione passiva dell'YYY e del KKK, e lo accoglie nei sensi di cui in motivazione, disponendo, per l'effetto, l'annullamento dell'atto impugnato nei limiti dell'interesse azionato.

Spese compensate.

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