

Asta pubblica indetta dalla Società di cartolarizzazione degli immobili pubblici s.r.l. per la vendita di un'unità residenziale libera: la mancata prova della regolare costituzione (omesso riferimento del CRO nel bonifico bancario) della cauzione provvisoria deve comportare l'esclusione

Per la loro natura pubblicistica le controversie relative alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici sono devolute giudice amministrativo

Il T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 11 febbraio 2004, n. 662 ci offre il principio in base al quale, qualora le prescrizioni del bando di gara prevedano espressamente, con formulazione non equivoca, l'esclusione dalla procedura in caso di inosservanza, **l'amministrazione appaltante è tenuta al rispetto della normativa cui si è autovincolata**, senza possibilità di valutare, caso per caso, l'incidenza funzionale dell'adempimento omesso

Nella fattispecie sottoposta all'attenzione dei giudici milanesi, il bando espressamente prevedeva “le cauzioni devono essere costituite, a pena d'esclusione, mediante versamento o bonifico bancario del relativo importo, quest'ultimo confermato dalla banca incaricata attraverso l'indicazione del CRO (Codice Riferimento Operazione)”.

Poiché dalla documentazione in atti emerge incontestabilmente che il plico offerta segreta presentato dall'aggiudicataria non conteneva il documento comprovante l'avvenuta costituzione del deposito cauzionale, con l'indicazione del CRO, attuale controinteressata, risultata la migliore offerente, doveva essere invece esclusa.

Pertanto:

le formalità prescritte dal bando di gara debbono trovare rigida applicazione quando siano dirette ad assicurare un particolare interesse dell'amministrazione, oppure la par condicio dei concorrenti, senza possibilità di integrazione postuma della documentazione mancante

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione 3^a ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 3289/03, proposto da

*ALESSANDRA *****

rappresentata e difesa dall'avv. Adolfo Laviani, con domicilio eletto presso lo studio di questi in Milano, via Olmetto 3

contro

S.C.I.P. - SOCIETA' di CARTOLARIZZAZIONE IMMOBILI PUBBLICI s.r.l.

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita

e nei confronti di

*ERIKA *****

rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Gioffredi e Vittorino de Nale, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, viale Monte Nero 50

per l'annullamento

-dell'aggiudicazione con verbale d'asta redatto dal notaio dott. Giancarlo Gamba rep.n.57296/9381 dell'appartamento sito in Milano via Arezzo 10/7, di proprietà della S.C.I.P. s.r.l.;

-di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso, con particolare riferimento alle operazioni d'asta condotte senza l'osservanza del relativo disciplinare;
visto il ricorso notificato in data 6 novembre 2003 e depositato il 17 novembre 2003;
visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata;
uditi alla pubblica udienza del 22 gennaio 2004, relatore il cons. Domenico Giordano, i procuratori delle parti, come da verbale;
visti gli atti tutti della causa;
ritenuto quanto segue in:

FATTO e DIRITTO

1) La ricorrente ha partecipato all'asta pubblica indetta dalla Società di cartolarizzazione degli immobili pubblici s.r.l. (di seguito, per acronimo: SCIP) per l'aggiudicazione di un appartamento sito in Milano via Arezzo 10/7, classificandosi al secondo posto della graduatoria finale.

Con il ricorso chiede l'annullamento del verbale di aggiudicazione meglio specificato in epigrafe, deducendo alcune irregolarità verificatesi nel corso della procedura e consistenti, in particolare, nella mancata esclusione dell'offerta, risultata aggiudicataria, per l'incompletezza della documentazione ad essa allegata. A sostegno del gravame deduce censure per violazione di legge e per eccesso di potere.

Si è costituita in giudizio la controinteressata, che argomenta per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Con ordinanza n.2086 del 27 novembre 2003 è stata accolta la domanda di sospensione cautelare dell'atto impugnato ed è stata fissata, ai sensi dell'art.23 bis l.n.1034/71, l'udienza odierna per la trattazione del merito.

2) E' impugnato il verbale di aggiudicazione, in favore della controinteressata, dell'asta pubblica indetta dalla SCIP per la vendita di un'unità residenziale libera, compresa nel programma di dismissione degli immobili già di proprietà dell'INPDAP e identificata quale lotto 3377 nell'elenco allegato al bando.

3) Al ricorso proposto dalla concorrente classificatasi al secondo posto della graduatoria finale, la difesa controinteressata ha opposto alcune eccezioni in rito, che devono essere esaminate in via preliminare.

3.1) Sul presupposto che il ricorso denunci la falsità del verbale di aggiudicazione e che si renda quindi necessaria la querela di falso, la parte resistente assume la necessità di sospendere l'attuale giudizio per la soluzione della causa pregiudiziale avanti l'AGO.

L'eccezione non ha fondamento.

A tale riguardo occorre innanzitutto ricordare che il verbale di gara, ai sensi dell'art.2700 cod. civ., fa fede, fino a querela di falso, dei fatti attestati dal pubblico ufficiale come da lui direttamente compiuti.

Tuttavia, al fine di disattendere le risultanze dell'atto pubblico, non è necessaria la proposizione dell'impugnativa di falso, qualora, dal contesto del documento, risulti in modo palese e inequivoco la ricorrenza di elementi tali da lasciar ragionevolmente presumere la mancanza di un preordinato intento di immutazione del vero (*cf. Cass. Civ. 15 settembre 1995 n.9313*).

Nella situazione in esame, il ricorso non deduce la falsità materiale e ideologica degli avvenimenti riepilogati nella verbalizzazione notarile, ma lamenta che l'ufficiale rogante si sia erroneamente avvalso della facoltà di consentire l'integrazione documentale, invece di disporre direttamente l'esclusione dell'offerta presentata dalla controinteressata, che era risultata carente di documentazione richiesta dal bando a pena di esclusione.

Le circostanze riferite nel ricorso, laddove si assume che le operazioni di gara subirono una sospensione, al fine di consentire all'aggiudicataria di recarsi in banca per acquisire il documento mancante e consegnarlo al notaio rogante, sono dirette a segnalare l'irregolarità della procedura e delle modalità con le quali il notaio ha ammesso la sanatoria della documentazione incompleta, senza con questo contestare di falso l'atto pubblico, che non ha fatto menzione di tale asserita sospensione della seduta.

3.2) La controinteressata sostiene che la parte ricorrente, non potendosi avvalere ai fini probatori del verbale di cui denuncia la falsità, dovrebbe dare prova di "essere effettivamente giunta seconda in graduatoria", dimostrando di aver soddisfatto tutti i requisiti richiesti dal disciplinare d'asta.

Anche questa seconda eccezione è priva di fondamento.

Come si è già precisato, nella situazione in esame non vengono in rilievo profili di falsità del verbale, sulle cui risultanze la ricorrente ha anzi innestato le censure dedotte.

Né può dubitarsi della legittimazione attiva della ricorrente per l'assenza dei requisiti di partecipazione alla gara, non avendo la controinteressata proposto ricorso incidentale per contestarne la sussistenza.

Per principio consolidato, nel giudizio avverso l'aggiudicazione di una procedura ad evidenza pubblica, i motivi afferenti alla carenza d'interesse del concorrente (ricorrente principale) per difetto dei requisiti di partecipazione alla gara possono essere introdotti dall'aggiudicatario solo con il ricorso incidentale, che è l'unico strumento che consente al giudice di ampliare l'oggetto del giudizio, altrimenti incentrato sulla sola legittimità dell'atto di aggiudicazione.

3.3) Da ultimo si eccepisce la necessità di integrazione del contraddittorio nei confronti del Ministero del Tesoro o dell'INPDAP, sull'assunto che la SCIP, per la sua natura societaria, non è titolare di interessi pubblici.

Anche questo rilievo è destituito di fondamento.

Con D.M. 30 novembre 2001 n.18765, in applicazione dell'art.1 del decreto-legge 25 settembre 2001 n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410 recante disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, l'immobile di cui trattasi è stato trasferito a titolo oneroso alla SCIP, cui è stata contestualmente affidata la gestione degli immobili facenti parte del programma di dismissione.

Che le relative operazioni corrispondano ad attività di rilievo pubblico, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo in materia, può evincersi dall'art. 23 bis, comma 1, lett. e) della legge n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della l. n. 205/2000; tale disposizione, seppur non al fine di disciplinare il riparto di giurisdizione ma al diverso scopo di delimitare l'ambito di applicazione del "rito speciale" introdotto, include tra le controversie cui si applica la speciale procedura quelle aventi ad oggetto "provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici" a chiara conferma della devoluzione, sulla base dei criteri generali di riparto, di dette controversie al giudice amministrativo, per la loro natura pubblicistica (*cf. CdS VI 5 marzo 2003 n.1308*).

4) Deve quindi procedersi all'esame del ricorso, che nel merito è fondato.

Per una migliore comprensione della vicenda controversa si rendono necessarie alcune considerazioni preliminari.

Con avviso pubblicato sui maggiori quotidiani italiani, la SCIP ha indetto un'asta pubblica per la vendita in lotto singolo dell'appartamento, composto da tre locali, servizi e cantina, sito in Milano via Arezzo 10/7 scala A piano sesto interno 27, facente parte del programma di dismissione degli immobili già di proprietà dello Stato e di altri enti pubblici.

Le modalità di svolgimento e di partecipazione all'asta sono state definite nell'avviso e nel disciplinare d'asta; questo, in particolare, ha stabilito al punto 3 che, per partecipare alla procedura, i concorrenti avrebbero dovuto far pervenire al notaio incaricato delle operazioni di gara, entro le ore 19 del 19 ottobre 2003, il "plico offerta segreta", contenente, a pena d'esclusione, la domanda di partecipazione all'asta e la prova dell'avvenuta costituzione della cauzione con le modalità fissate al punto 2.1.

Con detta disposizione il disciplinare stabiliva che "le cauzioni devono essere costituite, a pena d'esclusione, mediante versamento o bonifico bancario del relativo importo, quest'ultimo confermato dalla banca incaricata attraverso l'indicazione del CRO (Codice Riferimento Operazione)".

La prescrizione è stata ribadita al punto 3.1.4.B del disciplinare d'asta, secondo cui "la prova dell'avvenuta costituzione della cauzione dovrà essere fornita mediante l'allegazione del documento comprovante... ordine di bonifico confermato dalla banca incaricata contenente il numero CRO".

Nel regolamentare le modalità di svolgimento dell'asta, il disciplinare, al punto 5.2, ha previsto la facoltà del notaio officiante di richiedere all'offerente chiarimenti, documenti e certificazioni integrative, ferma comunque "l'esclusione delle offerte segrete che non siano conformi a quanto stabilito a pena d'esclusione nei precedenti punti".

Nel corso delle operazioni di gara, come risulta dal relativo verbale 20 ottobre 2003, il notaio incaricato procedeva all'apertura del plico offerta presentato dall'odierna controinteressata, al cui interno rinveniva "richiesta di bonifico del deposito cauzionale... priva dell'indicazione del CRO"; a quel punto invitava

il sig. Giovanni ****, presente alle operazioni per conto della sig.ra Erika ****, ad integrare il documento del dato mancante.

Il notaio attesta nel verbale che, dopo ulteriori operazioni di controllo di altre domande di partecipazione, nel corso della seduta di gara gli veniva consegnato dai signori **** un “documento rilasciato dalla Banca Popolare di Milano dal quale risulta il CRO relativo al bonifico effettuato”, che veniva allegato al verbale sotto la lettera “H”; di seguito procedeva all’aggiudicazione del lotto in favore della signora ****, che aveva presentato l’offerta migliore.

5) Dalla documentazione in atti emerge incontestabilmente che il plico offerta segreta presentato dall’aggiudicataria non conteneva il documento comprovante l’avvenuta costituzione del deposito cauzionale, con l’indicazione del CRO; detto documento non è stato presentato entro il termine fissato nell’avviso d’asta, ma -come risulta dall’allegato sub H al verbale notarile- è stato formato (alle ore 12,17 del 20 ottobre 2003) successivamente alla scadenza del termine di presentazione dell’offerta ed è stato esibito dall’interessata soltanto in occasione delle operazioni di gara e su invito del notaio rogante.

In tale quadro, e alla luce delle specifiche prescrizioni di gara, devono giudicarsi insussistenti i presupposti per l’esercizio della facoltà di integrazione della documentazione incompleta e illegittima la mancata esclusione dalla procedura dell’offerta dell’interessata. Ciò per le ragioni seguenti.

6) La giurisprudenza amministrativa ha costantemente affermato il principio invocato dalla ricorrente, secondo cui qualora le prescrizioni del bando di gara prevedano espressamente, con formulazione non equivoca, l’esclusione dalla procedura in caso di inosservanza, l’amministrazione appaltante è tenuta al rispetto della normativa cui si è autovincolata, senza possibilità di valutare, caso per caso, l’incidenza funzionale dell’adempimento omesso.

E’ infatti noto che nelle procedure concorsuali pubbliche, il formalismo procedurale normalmente è preordinato alla tutela del principio della *par condicio* dei concorrenti, che devono poter contare su regole stabili valide per tutti, dovendosi garantire una cornice di certezza e di trasparenza competitiva nell’applicazione delle clausole di gara.

Ne discende che le formalità prescritte dal bando di gara debbono trovare rigida applicazione quando siano dirette ad assicurare un particolare interesse dell’amministrazione, oppure la *par condicio* dei concorrenti, senza possibilità di integrazione postuma della documentazione mancante.

In tal senso la giurisprudenza ha anche ribadito che, nel caso in cui la lettera di invito a partecipare ad una gara di appalto contenga espressa clausola di esclusione se risulti incompleto o irregolare qualcuno dei richiesti documenti, è legittima l’esclusione dell’impresa la cui documentazione sia incompleta, non essendo consentito sanare l’omissione con dati o documenti forniti in occasione della seduta di gara, giacché ammettere un’integrazione con siffatte modalità implicherebbe un’indebita disapplicazione di atti aventi il crisma dell’autoritatività (*cf. CdS Sez. V 15/4/99 n. 141*).

Nel caso in esame, essendo certa ed indiscussa la mancata produzione del documento richiesto, l’esclusione si poneva come atto necessitato dalla mancata prova della regolare costituzione della cauzione provvisoria e dalla violazione delle corrispondenti clausole cui si connette un interesse sostanziale dell’ente procedente, mentre la regolarizzazione successiva costituisce una chiara e palese violazione del principio della parità di trattamento dei partecipanti alla procedura d’asta.

7) Alla luce di tali incontrovertibili principi, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento del verbale di aggiudicazione dell’asta in favore della controinteressata, la cui offerta deve essere esclusa dalla gara.

Sussistono comunque giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 3289/03 così dispone:

-accoglie il ricorso in epigrafe e per l’effetto annulla il provvedimento impugnato;

-compensa le spese tra le parti.

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

Così deciso in Milano il 22 gennaio 2004 in camera di consiglio con l’intervento dei magistrati:

Domenico Giordano – pres. est.

Gianluca Bellucci-ref.

Daniele Dongiovanni – ref.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....

(art. 55, l. 27.4.1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione