



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 273 del 2004, proposto da:

FIN SETA SRL, rappresentata e difesa dagli avv. Oberdan Epicoco e Davide Epicoco, con domicilio eletto presso i medesimi legali in Brescia, via Gambara 75;

contro

COMUNE DI MALONNO, rappresentato e difeso dagli avv. Italo Ferrari e Francesco Fontana, con domicilio eletto presso i medesimi legali in Brescia, via Diaz 28;

nei confronti di

LORENZI LUIGINO, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale di aggiudicazione mediante asta pubblica di data 6 giugno 2003, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria di un immobile comunale a favore del signor Luigino Lorenzi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Malonno;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2012 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Malonno con avviso del responsabile del Servizio Tecnico di data 14 maggio 2003 ha reso noto lo svolgimento di un'asta pubblica per l'alienazione di un immobile di circa 1.234 mq in località Forno Allione (mappale n. 12211 sub 505). L'immobile, classificato in zona D1 (industriale), apparteneva al patrimonio disponibile del Comune. La cessione è stata disposta per finanziare il programma delle opere pubbliche.

2. Il prezzo base è stato fissato in € 47.514,03. Quale criterio di aggiudicazione è stato scelto il metodo dell'offerta segreta da confrontarsi con il prezzo indicato nell'avviso d'asta ai sensi dell'art. 73 comma 1-c del RD 23 maggio

1924 n. 827.

3. Tra le regole di partecipazione l'avviso d'asta prevedeva l'obbligo di allegare all'offerta, a titolo di deposito cauzionale, un assegno circolare intestato al Comune e non trasferibile di importo pari a € 4.751,40. Era specificato che tale deposito sarebbe stato immediatamente restituito ai non aggiudicatari, mentre nel caso dell'aggiudicatario sarebbe stato introitato a titolo di acconto sul corrispettivo dovuto.

4. All'asta hanno partecipato la società ricorrente Fin Seta srl e altri due soggetti, tra cui il controinteressato Luigino Lorenzi. Con verbale del 6 giugno 2003 l'immobile è stato provvisoriamente aggiudicato al controinteressato, che ha offerto un importo di acquisto pari a € 54.228. La ricorrente si è classificata al secondo posto con un'offerta pari a € 50.001. Poiché il controinteressato (come anche il terzo concorrente) aveva prodotto a titolo di deposito cauzionale non un assegno circolare ma un assegno bancario, l'aggiudicazione definitiva è stata subordinata alla verifica della copertura.

5. Contro l'aggiudicazione provvisoria e i provvedimenti successivi la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 14 febbraio 2004 e depositato il 21 febbraio 2004. Le censure possono essere sintetizzate come segue: (i) erronea interpretazione del bando e modifica *a posteriori* delle regole della procedura; (ii) inidoneità dell'assegno bancario a svolgere la funzione di deposito cauzionale per via del rischio di scopertura. Oltre all'annullamento degli atti impugnati è stato chiesto il risarcimento del danno (identificato nella mancata realizzazione del programma aziendale di investimenti).

6. Il Comune si è costituito in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

7. Sulle questioni sollevate si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) occorre in primo luogo sottolineare che la mancata esclusione delle offerte prive di assegno circolare non equivale a un'integrazione *a posteriori* dell'avviso d'asta ma costituisce semplicemente un'operazione interpretativa della clausola riguardante la cauzione. È vero che la decisione è stata presa dopo l'apertura delle buste, quando ormai la condizione di anonimato dei concorrenti era caduta, tuttavia questa è una situazione normale nelle procedure di gara, ogni qualvolta occorra decidere su dettagli che emergono soltanto dalla lettura delle offerte e dunque richiedono approfondimenti da svolgere a partire da quel momento e prima dell'aggiudicazione;

(b) la stessa commissione che ha gestito la procedura d'asta ha motivato la mancata esclusione osservando che l'allegazione dell'assegno circolare non era prevista a pena di esclusione e pertanto doveva essere privilegiata la massima partecipazione, anche al fine di salvaguardare l'interesse dell'amministrazione al prezzo più vantaggioso. Questa analisi, pur collocandosi su un piano formale, appare idonea a contrastare gli argomenti della ricorrente sul fraintendimento della *lex specialis*;

(c) in effetti è problematico individuare nelle procedure a evidenza pubblica delle clausole che possano operare come cause implicite di esclusione. Se l'amministrazione non ha ritenuto di avvertire fin dall'inizio del rischio di esclusione connesso alla violazione di determinati adempimenti, sorge in capo ai concorrenti un'aspettativa alla regolarizzazione delle proprie offerte. Questa aspettativa si fonda sul principio generale che stabilisce l'equivalenza delle forme giuridiche quando sia garantito il risultato finale: le deroghe hanno carattere eccezionale e devono essere segnalate. In mancanza di un'espressa clausola di esclusione pertanto l'offerta può essere considerata inammissibile solo quando, in conseguenza della violazione delle prescrizioni della *lex specialis*, si determini incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza (regola interpretativa ora codificata per gli appalti pubblici nell'art. 46 comma 1-bis del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163);

(d) nessuno di questi inconvenienti si è presentato nell'asta in esame. Il fatto che per il deposito cauzionale sia stato scelto l'assegno bancario anziché quello circolare non ha inciso sul contenuto dell'offerta o in generale sulla

posizione giuridica dei concorrenti. L'avviso d'asta precisa (coerentemente con l'art. 83 comma 2 del RD 827/1924) che l'assegno dell'aggiudicatario viene introitato a titolo di acconto sul corrispettivo dovuto, mentre quelli dei non aggiudicatari sono immediatamente restituiti. Dunque l'utilità del deposito cauzionale va oltre la procedura di individuazione del contraente e si rivela dopo l'aggiudicazione, quando diventa una componente del corrispettivo o una sorta di caparra;

(e) pertanto la commissione che ha gestito l'asta ha correttamente subordinato l'aggiudicazione alla verifica della copertura dell'assegno bancario. Una volta accertata la copertura e incamerato l'importo dell'assegno cade ogni differenza con l'assegno circolare e l'aggiudicazione può divenire definitiva. Se poi, in ipotesi, l'aggiudicatario non versasse il saldo nel termine stabilito dal Comune o non si presentasse alla stipula del rogito di acquisto si determinerebbe la perdita della somma incamerata come sanzione per un comportamento sleale successivo all'aggiudicazione;

(f) in definitiva non vi sono né ragioni formali né ragioni funzionali per discriminare l'uso dell'assegno bancario rispetto all'assegno circolare.

8. Il ricorso deve quindi essere respinto sia nella parte impugnatoria sia relativamente alla domanda di risarcimento. La particolarità della vicenda consente la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2013

IL SEGRETARIO

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